الدفع بعدم تنفيذ الالتزام
دراسة مقارنة

إعداد
منصور عبد الله الطوالبه

المشرف
الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين

قدمت هذه الاطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في
القضاء الشرعي

كلية الدراسات العليا
الجامعة الأردنية

حزيران ، ٢٠٠٥

نوقشت هذه الأطروحة "الدفع بعدم تنفيذ الالتزام" وأجيزت بتاريخ ٢٤/٥/٢٠٠٥م.

أعضاء لجنة المناقشة: التوقيـــــع

الدكتور محمدنعيم ياسين، مشرفا" ------------------
أستاذ/ فقه وأصوله

الدكتور محمود السرطاوي،عضوا" ------------------
أستاذ/ فقه وأصوله

الدكتور عبدالله الكيلاني، عضوا" ------------------
أستاذ/ فقه وأصوله

الدكتور محمد خالد منصور، عضوا" ------------------
أستاذ مشارك/ فقه وأصوله

الدكتور جبر فضيلات، عضوا" ------------------
أستاذ مشارك/فقه وأصوله (جامعة الزرقاء الأهلية)

الشكر

امتثالا للهدي النبوي الشريف " من لا يشكُرُ النـــاسَ لا يشـــكُرُ الله " [١] أتقـــدم بجزيل الشكر ، مقرونا بخالص الدعاء ، لكل من قدم يد المساعدة لإنجاز هـــذا البحث وأخص بالذكر فضيلة الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين ، على جهـــوده المخلصة الصادقة ، وآرائه العلمية القيمة ، وأخلاقه الرفيعة العالية ، كما أزجي الشكر والاحترام لأصحاب الفضيلة الأساتذة المناقشين لهذه الرسالة

الأستاذ الدكتور : محمود السرطاوي

الأستاذ الدكتور : عبدالله الكيلاني

الاستاذ الدكتور : محمد خالد منصور

الدكتور : جبر فضيلات

على جهودهم المباركة في مناقشة هذه الرسالة على الرغم من ضيق أوقـــاتهم وكثرة مشاغلهم

والشكر والتقدير لكل من أسهم في إتمام هذا العمل ماديا و معنويا وأخص بالذكر الأخ الحبيب الذي أشار علي بالموضوع ، عبد الحافظ يوسف أبو حميدة وأسأل الله تعالى لهم حسن الثواب وجزيل العطاء

إنه ولي ذلك والقادر عليه

والحمد لله رب العالمين

---

[١] (الترمذي / البر والصلة عن رسول الله ﷺ / باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك / ح ١٨٧٧ ، وقال : هذا حديث حسن صحيح) (أبو داود / الأدب / باب في شكر المعروف / ح ٤١٧٧) (أحمد / باقي مسند المكثرين / مسند أبي هريرة / ح ٧١٩١- ٧٥٩٨- ٧٦٧٦) (صحيح ابن حبان / ج ٨ / ص ١٩٨ / ح ٣٤٠٧) (البيهقي / سنن البيهقي الكبرى / ج ٦ / ص ١٨٢ / ح ١١٨١٢) (مسند الطيالسي / ج 1 / ص ٣٢٦ / ح ٢٤٩١)

الدفع بعدم تنفيذ الالتزام
دراسة مقارنة

اعداد
منصور عبدالله الطوالبة

المشرف
الدكتور محمد نعيم ياسين

الملخص

تناولت هذا الدراسة موضوع الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بدءا من بيان مفهوم الدفع فقها" وقانونا" كما تناولت مفهوم الدفع بعد تنفيذ التزام تحديدا" وتطرقت الى بيان شروط قبول الدفع بعدم تنفيذ الالتزام من خلال دراسة هذه الشروط دراسة فقهية مقارنة مع القانون المدني الأردني والقوانين ذات الصلة وبينت اتساع نطاق نظرية الدفع بعدم تنفيذ الالتزام عنها في الفقه والقانون الوضعي.

كما ألقت الضوء على وقت إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام وأثر هذا الدفع "حاله ثبوته" على الدعوى المنظورة وبينت صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بشكل قواعد عامة.

كما تعرضت هذه الدراسة لبيان نطاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الالتزامات الناشئة عن وقائع عقدية (معنوية) أو وقائع مادية ثم تعرضت لبيان أهم الدفوع الموضوعية الواردة على الدفع بعدم التنفيذ، كما تعرضت هذه الدراسة بالبحث والتفصيل للتعديل الحاصل في الالتزام.

مقدمة

الحمد لله العظيم حمدا كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه . والصلاة والسلام على رسوله الكريم وآله وصحبه ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين .

وبعد فإن منصب القضاء منصب من أجل المناصب وأعظمها ، ولا غنى للخلق عنه ، وقد عني الإسلام به عناية فائقة ، فقد بين الفقهاء كل ما يتعلق بهذا المنصب ، وكل ما يقوم به من حل به ، ويتخذه من إجراء ، سعيا لتحقيق العدالة ، والتي هي غاية من غايات التشريع العظيم ، أن فهذا المنصب من أشرف مناصب الدولة ، بل أجلها وأشرفها ، بحيث لا سلطان على متوليه في أمور قضائه إلا لأمر الشرع ونهيه .

والقضاء فصل للخصومات ، ومنع للمنازعات ؛ كان لا غنى لمتعاطيه عن الفقه وصنعته ؛ ذلك أن المرء يدرك بالفقه الحرام والحلال ، فيعلم ما أمر الله به ، وما نهى ، فيقف العاقل عند حدود الشرع سعيا لنيل رضا الرب عز وجل .

ومن أجل نعم الله علينا أن تعبدنا ، لم يعبدنا خلقه ، فكان السجود لوجهه الكريم عزة ما بعدها عزة ، فشرع لنا دينه الحنيف ، وأوجد من قام على أمر دينه ، وبيان أحكامه ، فاستنبطت الأحكام ، وشمخ بنيان الفقه ، على أيدي رجال نذروا أنفسهم لله تعالى ، فكان منهم من عني بالفقه ودقائقه ، فكان شغله الشاغل، فتركوا لنا كنزا عظيما هائلا من علومه ، وبحرا من المعرفة يعم خيره كل حال من أحوال الخلق ، فجعلوا سعيهم في بيان أحكام الشرع عبادة يتعبدون بها الله جل شأنه .

وقد بحث العلماء المسلمون المعاملات ، وبينوا أحكامها ، وفصلوا مسائلها ، ومن ذلك مسائل الوجانب والالتزامات الناتجة عن معاملات البشر ، وبينوا أن من هذه ما يرتبط ، ويتقابل ، وبينوا أثر ارتباط هذه الالتزامات ، وتقابلها ، وما قد ينتج عن هذه العلاقة القائمة ، فكان البحث في الأثر الناتج عن التخلف في تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين ، أو تعيب تنفيذه ، ومدى

مشروعية امتناع الطرف المقابل عن التنفيذ لما وجب عليه ، وإثارة ذلك أمام القضاء بصورة دفع ، لذا جاء البحث بعنوان الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، محاولة لبيان مشروعية الامتناع عن تنفيذ التزام ما لانعدام تنفيذ ما قابله من التزام ، و إثارة ذلك بصورة دفع للدعوى ، وأثره عليها في الفقه الإسلامي والقانون .

خطة البحث :

١ ـ الفصل التمهيدي : وبينت فيه مفهوم الدفع بشكل عام ، في الفقه الإسلامي والقانون ، وأنواعه في كل منهما ، وتعرضت فيه لبيان عام لمفهوم الالتزام ، ومصادره ، وعناصره .

٢ـ الفصل الأول : وقد بينت فيه مفهوم الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وتميزه عن بعض ما قد يسلكه أحد الطرفين ، أو كلاهما ، مما قد يشكل دفعا للدعوى ، وبينت خصائص الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وشروط قبوله ، حتى إذا وجدت قام الدفع صحيحا ، وإذا انعدمت ، أو اختل أحدها سقط الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

٣ـ الفصل الثاني : وفيه تحدثت عن صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وذلك بشكل قواعد عامة ، وتعرضت لبيان وقت إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، ومن ثم بينت أثر الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وذلك كله في الفقه والقانون .
فجاء هذا الفصل في مباحث ، أولها بيان لصاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وثانيها بيان لوقت إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وثالثها بيان لأثر الدفع بعدم تنفيذ الالتزام على الدعوى المنظورة حال ثبوته .

٤ـ الفصل الثالث : جاء هذا الفصل بيان لنطاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وذلك من حيث المجالات التي يمكن إثارة الدفع في الدعوى المتعلقة بها ، وبينت اتجاهات الفقهاء في ذلك ، وأقوالهم ، وعرضت لأدلتهم ، وكان هذا العرض أقرب إلى التمثيل منه إلى الاستقصاء . فكان هذا الفصل في مبحثين ، الأول يتعلق بالالتزامات الناشئة عن واقعة عقدية ، والثاني يتعلق بالالتزامات الناشئة عن واقعة مادية .

٥- الفصل الرابع : وفيه بيان لما قد يسقط به الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وكان ذلك على سبيل التمثيل ، لا الحصر ؛ ذلك أن الدفع بعدم تنفيذ الالتزام هو دفع موضوعي ، وما يرد عليه من الدفوع هي في حقيقتها دعاوى ، والدعاوى تتعدد ولا يمكن حصرها .

فتحدثت عن الحوالة ، والإبراء ، وغيرهما مما قد يشكل دفعا للدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وذلك من خلال بحث حقيقة كل دفع أوردته ، وشروطه ، وأثره على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

٦- الفصل الخامس : وفيه بحث للتعديل الحاصل في الالتزامات ، سواء كان هذا التعديل أراديا أم لا ، وبينت أثر هذا التعديل على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، ومدى مشروعية التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام بخصوص ما طرأ على الالتزام من تعديل . فتعرضت للتعديل الحاصل في عقد البيع ، والزواج ، والرهن .

هذا ما عنيت به في بحثي ، وأجزم بأن القصور من سمات البشر ، وأن الكمال المطلق لله وحده ، فإياه أسأل الستر والعفو والمغفرة والرحمة ، وأن يجعل عملي هذا خالصا لوجهه الكريم ، وحده لا شريك له ، وأن يطهر قلبي وجوارحي من كل رياء ، وأن يتقبله مني ، ويجزيني به ومن علمني ومن كان عونا لي ، خير الجزاء في الدنيا والآخرة .

مشكلة الدراسة وأهميتها :

تكمن مشكلة الدراسة في عدم جمع موضوع الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، حيث وردت تطبيقات هذا الموضوع مشتتة في مواضع متفرقة من كتب الفقه الإسلامي ، بل إن القارئ قد يمر بهذه التطبيقات دون أن ينتبه إلى مدلولها ، أو يستنتج شروطها فهذه الدراسة تظهر مفهوم الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، ومن له الحق في إثارته ، والأثر المترتب على ثبوته ، فهذه الدراسة تحاول الإجابة على كثير من التساؤلات المهمة ، ومنها :

- ما هو مفهوم الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؟
- وما الفرق بينه وبين الدفع باستحقاق الفسخ ، والدفع بالمقاصة ؟
- ما هي شروط قبول الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؟
- من هو صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؟
- ما الوقت والمرحلة التي يثار فيها الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؟
- ما هو نطاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؟
- هل هناك دفوع يمكن إثارتها بمواجهة المتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؟
- ما هي الآثار المترتبة على ثبوت الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؟ وهل للتعديل الحاصل في الالتزام أي أثر على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؟

أهمية الدراسة .

أما أهمية الدراسة فيمكن تلخيصها فيما يلي :

- أنها تجمع مفردات الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في بحث واحد يسهل تناوله ، وتبرز معالمه واضحة .
- في كون الموضوع يمس كثيرا من القضايا المنظورة أمام المحاكم في النظامين القضائيين الشرعي والنظامي ، بشكل تكثر الحاجة إليه .
- في كون الدراسة تقارن بين الفقه والقانون ، مما يغني القارئ عن بذل كثير من الجهد والوقت في الوصول إلى المعلومة .

- في كونها تظهر مدى التميز في الفقه الإسلامي وفي القدرة الكبيرة عند فقهاء المسلمين في معالجة مثل هذه النقاط الدقيقة .

مبررات الدراسة .

- عدم وجود دراسة سابقة مستقلة في الموضوع .
- الحاجة لدى كثير من طلبة العلم والقضاة إلى معرفة القضايا المتعلقة بهذا الدفع وتطبيقاته ، والفرق بينه وبين غيره من الدفوع .
- السعي إلى إبراز عظم الشريعة الإسلامية وسعتها وتميزها عن غيرها من التشريعات .

الدراسات السابقة .

لم أجد فيما اطلعت عليه من مؤلفات وأبحاث دراسة مستقلة بموضوع الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، إلا ما وجدته عند الدكتور السنهوري رحمه الله تعالى في كتابه مصادر الحق حيث تعرض في حديثه عن انقضاء الالتزام لموضوع الدفع بعدم تنفيذ الالتزام من الناحية القانونية فقط ، وكانت طريقة طرحه للموضوع مقتضبة وأشبه ما تكون بحث للقارئ على البحث فيه .
وما ذكره الدكتور طلال رابعة في رسالته امتناع التسليم وأثره في عقود المعاوضات المالية حيث تعرض لموضوع حبس المبيع بشكل مقتضب .

أما هذه الدراسة فهي متخصصة في موضوعها وقد بحثت كثيرا من النقاط التي لم تتطرق إليها الدراسات السابقة ومنها تعريف الدفع بعدم التنفيذ . ووقت إثارته ومن له الحق في إثارته وما الدفوع التي تثار في مواجهته وما الآثار المترتبة على قبوله ، بالإضافة إلى كون الدراسة فقهية قانونية مقارنة .

منهجية البحث .

اعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهجية التالية .
- منهج البحث الاستقرائي وذلك من خلال تتبع النصوص الفقهية والمواد القانونية ذات الصلة .

ـ منهج البحث التحليلي ، وذلك بتحليل أقوال الفقهاء ومناقشتها بالإضافة إلى المواد القانونية مع الأخذ بعين الاعتبار الأمور التالية :

أولا ـ الرجوع إلى المراجع المعتمدة .

ثانيا ـ التوثيق ونسبة المعلومة إلى مصدرها

ثالثا ـ المقارنة بين الآراء الفقهية بعضها ببعض هذا من جانب ، وبالقانون من جانب آخر.

الفصل التمهيدي

المبحث الأول : الدفع في الفقه الاسلامي والقانون

المبحث الثاني: الالتزام في الفقه الاسلامي والقانون

المبحث الأول : الدفع في الفقه الإسلامي والقانون

وفيه

تعريف الدفع في اللغة .

تعريف الدفع في الفقه .

تعريف الدفع في القانون .

أنواع الدفع في الفقه الإسلامي .

أنواع الدفع في القانون .

تعريف الدفع :

الدفع في اللغة :

ورد الدفع في اللغة ويراد به عدة معان ، وما يهم موضوعنا منها :

١ـ التنحـية والإزالة : فقولهم دفعته دفعا : نحيته فاندفع [١] . قال تعالى : (للكافرين ليس له دافع)[٢]. ومعنى ذلك أنه لا يملك أحد إزالة العذاب عن الكافرين .
ومنه عشيتنا سحابة فدفعناها ـ بضم الدال المهملة ، مبني للمفعول ـ إلى غيرنا أي ثنيت عنا ، وانصرفت عنا إليهم [٣] .
قـال فـي المعجم : "ودفعه يدفعه دفعا ودفاعا ودافعه ودفعه فاندفع وتدفع وتدافع وتدافعوا الشيء ، دفعه كل واحد منهم عن صاحبه " [٤].

٢ـ الـرد : ومـنه دفعت القول : أي رددته بالحجة ، ودفعت الوديعة إلى صاحبها رددتها إليه[٥].

٣ـ الانتصار ومنها دافع عنه : حامى عنه وانتصر له ، ومنه الدفاع في القضاء[٦] .

---

[1] ـ أنظـر ابـن منظور . لسان العرب ج ٨ ص ٨٨ طبعة ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م الفيومي . المصباح المنير ج ١ ص ٢٦٧

[2] ـ سورة المعارج الآية الثانية .

[3] ـ ابن منظور . لسان العرب ج ٨ ص ٨٨ طبعة ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م / الزمخشري . أساس البلاغة ج ١ ص ٢٧٥

[4] ـ ابن منظور . لسان العرب ج ٨ ص ٨٨ طبعة ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م

[5] ـ الفيومي . المصباح المنير ج ١ ص ٢٦٧ / وأنظر المعجم الوسيط ج ١ ص ٢٨٩

[6] ـ المعجم الوسيط ج ١ ص ٢٨٩

٤ــ المنع ، دفع عنه الأذى ، منع عنه الأذى[1] .

ويطلق الدفع ويراد به معان أخرى[2] .

الدفع في الاصطلاح :

لــم أطلــع على تعريف للدفع عند الفقهاء القدامى [3] . ولا يعنى ذلك أنهم لم يتعرضوا للدفع وأحكامه ، بل إننا نجد من خلال نصوصهم المتعلقة بالدفع وأحكامه أن لديهم تصورا واضحا لحقيقة الدفع وأثره والحكم بناء عليه ومن ذلك ما ورد في الفقه الحنفي :

" .... ثــم أعلم أن قوله أن الدفع بعد الحكم صحيح مخالف لما قدمناه من أن القاضي لو قضى للمدعي قبل الدفع ثم دفع بالإيداع ونحوه فإنه لا يقبل إلا أن يخص من الكلي فافهم"[4]

ومن نصوصهم :

" ادعى البراءة واستمهل يومين فلم يأت بالبينة فحكم عليه ثم برهن فالمختار أنه تقبل ويبطل الحكم "[5].

---

[1] ــ الفيروز أباي . القاموس المحيط ص ٧١٥

[2] ــ منها الرحيل عن الموضع ومنها الانتهاء كما في بلوغ نهاية طريق ومنها الاستمرار في الأمر كقولهم اندفــع القوم في عملهم أي استمروا ــ أنظر في ذلك ابن منظور . لسان العرب ج ٨ ص ٨٩ ، حيث قــال : دفع إلى المكان : انتهى ، وطريق يدفع إلى مكان كذا أي ينتهي إليه الفيومي . المصباح المنير ج ١ ص ٢٦٧ و ابــن عــباد ــ المحــيط فــي اللغة ج ١ ص ٤٢٧ ، وأنظر المعجم الوسيط ج ١ ص ٢٨٩ والزمخشري . أساس البلاغة ج ١ ص ٢٧٥.

[3] ــ سبق إلى ذلك الدكتور محمد نعيم ياسين في نظرية الدعوى .

[4] ــ ابن نجيم . البحر الرائق مطبوع مع حاشية منحة الخالق ج ٧ ص ٢٩٢ .

[5] ــ ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ١ ص ١٨٣.

وعند المالكية ورد ما نصه :

" ..... وأمـــا لو قال ما لك علي سلف ولا ثمن سلعة ولا لك عندي وديعة ولا قراض ولا بضاعة فلما ثبت ذلك قبله بالبينة أقر بذلك وزعم أنه رد الوديعة والسلعة أو غير ذلك مما يدعي عليه أو ادعى هلاكه وأقام على ما ذكر بينة فههنا تنفعه البراءة إن شاء الله تعالى لأن قوله ما لك علي شيء يريد في وقتي هذا وأما في الصورة الأولى إذا قال ما أسلفتني ولا أودعتني فليس مثل قوله هنا ما لك علي سلف "[1]

وفي المذهب الشافعي مانصه :

" ...... فــإن أنكـــره كان كاذبا في إنكاره وإن أقر به لم يقبل قوله أنه قضاه أو أبرأه منه فسيقر به وإن أنكر الاستحقاق كان صادقا ولم يكن عليه ضرر "[2].

مـــن هـــذه النصـــوص وغـــيرها نرى أن الفقهاء لديهم تصور واضح عن الدفع، وحقيقته ،وأحكامه، وما ينبني على الإدلاء به من أحكام . إلا أنهم لم يوردوا تعريفا صريحا له، على اعتـــبار أنه واضح في تصورهم ، ولا حاجة لهم في تعريفه ، وإن وردت إشارات إلى ذلك من خلال بحثهم لمختلف أحكام الدفع .

أما الفقهاء المحدثون فقد عرفوا الدفع على اختلاف بينهم ، ومن ذلك :

١ــ الدفع هو : الإتيان بدعوى قبل الحكم أو بعده من قبل المدعى عليه تدفع ــ أي تزيل ــ دعوى المدعي [3].

ذكر التعريف أن الدفع دعوى ، وبين وقت إثارته ، ومن له الحق في التمسك به ، وأثره على الدعـــوى . إلا أنه ذكر أنه دعوى تدفع دعوى المدعي ، فقد عرف الدفع بأنه دعوى تدفع . وهذا لايصح .

[1] ــ ابن فرحون . ابن فرحون . تبصرة الحكام الجزء الثاني الصفحة ٦٢

[2] ــ الشيرازي . المهذب ج ٢ ص ٣٩٧ .

[3] ــ حيدر ــ درر الحكام ج ١٢ ص ١٨٥

٢ــ أنــه دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينتصب المدعى عليه خصما عنه يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي[1] .

فهــذا التعريف دل على أن الدفع دعوى ، وبين صاحب الحق في إثارته وهو أحد أثنين إما المدعــى عليه أو من ينتصب المدعى عليه خصما عنه وبين الغاية من الدفع والمقصد منه وهــو إما دفع الخصومة أو إبطال دعوى المدعي . إلا أنه يؤخذ عليه أنه عرف الدفع بأنه يقصد به دفع الخصومة. ثم إن الدفع قد يثار من غير المدعى عليه ومن غير ممن قد ينتصب خصما عنه ، وبهذا فإن التعريف قاصر من هذه الناحية .

٣ــ الدفع : دعوى من قبل المدعى عليه أو وكيله يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي[٢] .

يرد عليه ما ورد على سابقيه . ذلك أنه عرف الدفع بأنه دعوى يقصد بها الدفع .

٤ــ الدفع : جواب المدعى عليه على دعوى المدعي ، ومعارضته له بدعوى يقصد بها رد دعواه ، وإبطالها ، وإسقاط الخصومة عن نفسه ، وقد يكون قبل الحكم ، كما يكون بعده في حالات خاصة [٣].

وهــذا الــتعريف أقرب إلى مفهوم الدفع مما سبقه ، فقد بين أنه نوع جواب ، والقصد منه، وذكــر مــن أحكام الدفع وقت إثارته ، ويؤخذ عليه أنه لم يبين من له حق إثارة الدفع بشكل كــامل ، إضافة إلى ذكره وقت الدفع وهو زيادة في التعريف ؛ ذلك أن هذا الأمر لا يتوقف عليه فهم حقيقة وإدراكها .

٥ــ عــرفه القاضــي الدكــتور زياد صبحي بقوله : الدفع وسيلة دفاع يمكن إثباتها يثيرها الخصم أو المحكمة في الدعوى بهدف ردها أو تأخير الحكم فيها [١].

---

1 ــ قراعة ــ الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ص ٥٤

2 ــ العاني ــ أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي ص ٥٥

3 ــ الدغمي ــ دعوى التناقض والدفع به ص ١٥٥

وهــذا الــتعريف ذكر أهم خصائص الدفع ، وهو أنه قابل للإثبات ، وذكر صاحب الحق في إثــارة الدفــع والتمسك به بشكل دقيق ، وبين الغاية والمقصد من إثارة الدفع . إلا أنه عرف الدفع بأنه وسيلة دفاع وهو خطأ [٢] .

٥ـ عرفه القاضي مامون أبو سيف بقوله : الدفع دعوى يثيرها المدعى عليه أو المتضرر أو المحكمة بهدف رد دعوى المدعي أو تأخير الحكم فيها [٣].
وهــذا الــتعريف أشــمل من سابقه ، وأكثر دقة في بيان حقيقة الدفع ـ حيث عبر عنه بأنه دعوى ـ.

إلا أن الغايــة أحــيانا ليست رد الدعوى أو تأخير الحكم فيها بل قد يقصد من إثارة الدفع أن يكون الحكم الصادر في الدعوى مشروطا لصالح الدافع .

التعريف المختار :
وعليه فالدفع هو : ادعاء يثيره المدعى عليه أو من قد يمس الحكم في الدعوى حقه بقصد تفادي الحكم عليه فيها أو تأخيره أو صدور حكم مشروط .

شرح التعريف :
ادعــاء : وهو بيان لحقيقة الدفع بأنه جواب يتضمن ادعاء ، والادعاء قابل للإثبات بطبعه ، وبهــذا يخــرج ما قد يصدر عن الخصم أوالمتضرر ولا يعد دفعا ، ولتجنب وضع قيد في التعريف يمنع دخول ما لا يقبل الإثبات في مفهوم الدفع .

---

[1] ـ ذياب ـ زياد صبحي ـ الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون ص ٥ وقد سرد مجموعة من التعريفات للدفع .

[2] ـ انظر في ذلك أبو سيف ـ مامون ـ الدفوع الموضوعية لدعوى النفقة ـ ص ٢٠ وذكر وجه الاعتراض أنه عرف الدفع بأنه وسيلة دفاع وهو في هذا دخل في الدور .

[3] ـ أبو سيف ـ مامون الدفوع الموضوعية لدعوى النفقة ص ٢٠

يثـــيره المدعى عليه أو من قد يمس الحكم في الدعوى حقه : بيان لصاحب الحق في إثارة الدفع .

بقصـــد تفـــادي الحكم عليه فيها أو تأخيره أو صدور حكم مشروط : بيان للغاية والهدف من إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

وتظهــر الصـــلة بيـــن المعـــنى اللغـــوى والاصـــطلاحي ، في أن كلا من المعنى اللغوي والاصطلاحي للدفع يدور حول معنى الرد والإقصاء والمنع .

تعريف الدفع في القانون :

عرفه الدكتور أبو الوفا بقوله :

" جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه بقصد تفادي الحكم له بما يدعيه سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها أو موجهة إلى أصل الحق الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرا إياها "[1] .

وعرفها غيره بقوله :

" جميع الوسائل التي يستعملها المدعى عليه والتي يقصد منها تفادي الحكم عليه بالدعوى "[2] .

فهم هنا يدخلون كافة وسائل الدفاع التي يستخدمها الخصم ومنه الإنكار ، في مفهوم الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، حيث أن من أهم خصائص الدفع قابليته للإثبات ، وهذا خلط في مفهوم الدفع حيث أن الدفع في حقيقته صورة جواب على الدعوى بما يتضمن ادعاء يهدم ــ حال ثبوته ــ دعوى المدعي .

---

[1] ــ ابو الوفا ــ أحمد ــ نظرية الدفوع ص ١٧

[2] ــ أنطاكي ــ رزق الله ــ أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ص ١٩٧

أنواع الدفوع .

أولا : في الفقه الإسلامي :

عرف الفقه الإسلامي نوعين من الدفوع هما :

النوع الأول : دفع الخصومة .
النوع الثاني : الدفع الموضوعي .

أمـــا النوع الأول ، وهو دفع الخصومة ، فهو دفع موجه إلى ذات الخصومة ، باعتبار عدم صـــحة انعقادهـــا ، فغاية ما يقصده المتمسك به هو دفع الخصومة عن نفسه ، دون تعرض لموضـــوع الدعوى ذاته ، فلا يدفع بإبراء ، أو ادعاء وفاء ، أو ادعاء حوالة أو غيرها من الدفوع الموجهة إلى ذات الحق ، موضوع الدعوى .
فهـــذا الدفـــع يقضي بعدم صحة توجيه الخصومة إلى المدعى عليه المعين ، سواء أثير هذا الدفع من قبل خصم أصيل أم متدخل أم من قبل المحكمة .

ومن أمثلة هذا الدفع ، الدفع بانعدام الصفة ، سواء أكانت الصفة في المدعي ، على اعتبار أن لا مصلحة له يمكن تحققها من إقامة دعواه ، أم كانت في المدعى عليه ، على اعتبار أن لا صفة له بتوجيه الدعوى عليه ، وبالتالي عدم صحة مخاصمته . فمن أقام دعوى بمواجهة شقيقه يطالب فيها بالحكم له بإثبات نسبه من والدهما ــ الذي ما زال على قيد الحياة ــ ، فإنه يثبـــت للشقيق ــ إثارة الدفع بعدم الخصومة ؛ ذلك أنه لا صفة للمدعى عليه الشقيق في هذه الدعوى ، ولا يترتب على إقراره أثر .

ومـــن صور دفع الخصومة التي ناقشها الفقهاء وبينوا أحكامها ما يسمى بالمسألة المخمسة[1]، وذلـــك إذا ادعى احد على آخر بأن العين التي في يده هي ملك له ، فأثار المدعى عليه دفع

---

[1] ــ اختلف فقهاء الحنفية في سبب تسميتها بالمسألة المخمسة :

الخصـــومة ، بقوـــله : إن العيـــن التي في يدي ليست ملكي ، وإنما هي رهن أو وديعة أو إجارة .. فهل تندفع عنه الخصومة[١] .

اختلف الفقهاء في قبول هذا الدفع على قولين :

القـــول الأول : أن الخصـــومة لا تندفع عن المدعى عليه بإثارته لهذا الدفع ، حتى وإن أقام البينة . وهو قول ابن شبرمة وقول الإمام أبو يوسف في حالة واحدة وهي إذا عرف المدعى عليه بالاحتيال .

وجه ما ذهب إليه ابن شبرمة : أن البينة التي أقامها المدعى عليه تثبت الملك للغائب ، وهذا لا يصـــح ؛ إذ لا ولاية لأحد على إدخال شيء في ملك الغير بدون رضاه ، وبهذا يظهر أن

القول الأول : سميت بهذا الاسم لأن للعلماء فيها خمسة اتجاهات : أولها أن الخصومة تندفع عن المدعى عليه وهو قول الأمام ، والثاني : التفريق بين من عرف بالاحتيال من المدعى عليهم ومن لم يعرف عنه ذلك وبه قال الأمام أبو يوسف رحمه الله تعالى . الثالث : ما ذهب إليه الإمام محمد بن الحسن وهو أنه لا بد من تعريف المضاف إليه الملك من قبل المدعى عليه باسمه ونسبه لا بوجهه فقط . الرابع : أن الخصومة لا تندفع وإن أقام البينة وهو قول ابن شبرمة . الخامس : أن الخصومة تندفع بمجرد إثارة الدفع ولا حاجة فيها إلى بينة وهو قول ابن أبي ليلى .. القول الثاني : أنها سميت بالمخمسة ؛ لأن المسألة تظهر في خمس صور وهي أدعاء بالإيداع أو الإجارة أو الإعارة أو الرهن أو الغصب . واعترض على هذا الرأي بأن هناك صورا اخرى تدخل ولها نفس الحكم . أنظر في ذلك مجمع الأنهر ج ٣ ص ٣٧٠ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٦٤ أنظر في ذلك مجمع الأنهر ج ٣ ص ٣٧٠ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٦٤

[1] ـــ هذا إذا ادعى الملك المطلق أما إذا ادعى أمرا آخر في هذه الصورة فلا تندفع عنه الخصومة كأن ادعى وطلب التسليم فلا تندفع عنه الخصومة قولا واحدا ؛ ذلك أنه واضع اليد .

هذا الأثر منعدم ، وبه انعدم أثر البينة كذلك على الدفع كما انعدم في إثبات الملك للغير ، فلم يسقط الدفع الخصومة[١] .

واعترض الحنفية على ما استند إليه ابن شبرمة ، بأن مقتضى البينة أمران[٢] :
الأول : إثـبات الملـك للغائب ، وهو غير مقبول شرعا ، فينعدم هذا الأثر للبينة لعدم قيام خصم عن الغائب .
الثانـي : دفـع الخصومة عن المتمسك بالدفع ، وهو أمر مقبول شرعا ، وهو ما قصد إليه المدعى عليه من إقامة البينة .

أما وجه ما ذهب إليه الإمام ابو يوسف[٣] من الحنفية من أن المدعى عليه إذا تمسك بدفع عدم صـحة توجيه الخصومة إليه ؛ كون يده الظاهرة عليه ليست يد ملك ، إذا عرف بالاحتيال . فهو من باب سد الذرائع ، إذ قد يلجأ المحتال إلى دفع ماله إلى الغير ، ثم يتسلمه منه علانية ، ويشهد عليه على أنه وديعة ، ليتمكن من إثارة الدفع إذا ادعاه المالك الحقيقي ؛ لهذا كان لا بـد من القول في مثل هذه الحالة بعدم سقوط الخصومة عن المدعى عليه إذا أثار هذا الدفع حتى لو أقام البينة[٤] .

---

[1] ـ مجمع الأنهر ج ٣ ص ٣٦٩ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٦٤ ، والبينة هنا تقام بأن يقول حائز العين بأنها ليست له وإنما لفلان ، ويقيم البينة على ما ذكر .

[2] ـ مجمع الأنهر ج ٣ ص ٢٧٠

[3] ـ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٦٤

[4] ـ مجمع الأنهر ج ٣ ص ٣٦٩ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٦٤

القول الثاني : أن الدفع بعدم الخصومة دفع صحيح مقبول . وهو قول جمهور الفقهاء[1] . إلا أن الفقهـــاء اخـــتلفوا حول وجوب الإثبات ، فهل يجب إثبات الدفع بأي وسيلة كانت ، أم ان مجرد الإدعاء بالملك للغير كاف في رد الخصومة عن المدعى عليه . على رأيين :

الرأي الأول : يجب الإثبات . وبه قال الفقهاء الأربعة .

الرأي الثاني : يكفي الادعاء . ولا يجب الإثبات . وبه قال ابن أبي ليلى رحمه الله . وتفصيل ذلك فيما يأتي :

الرأي الأول : وهو رأي الفقهاء الأربعة ، حيث قالوا بوجوب الإثبات .

وهذا عرض لكل مذهب من المذاهب الأربعة في المسالة .

المذهب الحنفي :

يشترط فقهاء الحنفية لصحة هذا الدفع شرطين هما :

١ــ أن يذكـــر وصـــف الـــيد الظاهرة في دفعه ، فيبين إن كانت يد أمانة أم وديعة أم إجارة وغيرها .

٢ــ أن يضيف المتمسك بالدفع الملك إلى شخص معروف ، وإذا أضافه إلى شخص مجهول بطل الدفع بالاتفاق[2] .

واختلف الحنفية في حدود التعريف على قولين :

---

[1] ــ مجمـــع الأنهـــر ج ٣ ص ٣٦٩ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٦٤ / تبصـــرةالحكام ج ١ ص ١٦٥ / ابن أبي الدم ــ أدب القضاء ج ١ ص ٥٩٢ / تحفة المحتاج بشرح المـــنهاج ج ٤ ص ٤٥١ / المـــرداوي ــ عـــلاء الديـــن أبي الحسين ــ التنقيح المشبع ص ٣٠٣ / المقدسي ــ شمس الدين أبي عبد الله محمد ــ عقد الفرائد وكنز الفوائد ص ٤١٢.

[2] ــ مجمع الأنهر ج ٣ ص ٣٦٩ (وإن قال الشهود أودعه من لا نعرفه لا تندفع الخصومة بالإجماع لاحتمال أن يكون المدعي من أودعه) . / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٦٤.

القــول الأول : يكفي في الشخص المضاف إليه الملك أن يكون معروفا بالوجه ، ولا يشترط معرفة الاسم والنسب . وهو قول الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه .

وجه هذا القول :

أن البيــنة المقامة هنا لا يقع القضاء بها على الغائب ؛ وعليه فلا حاجة لذكر اسمه ونسبه ؛ لأنه في هذه الحالة لا حاجة إلى متابعته لتحصيل الحق ، وإنما الغاية من البينة هي إثبات أن واضع اليد ليس مالكا ، فلا يكون خصما ، والبينة المقدمة كافية في إثبات ذلك ، دون حاجة إلــى تعريف المضاف إليه الملك بالاسم والنسب . أما من أقام البينة لصرف الخصومة عن نفسه فهو معلوم[1] .

القــول الثانــي : لا بد من تعريف المضاف إليه الملك باسمه ونسبه ، فإذا لم يضف المدعى علــيه الملــك إلــى شخص معروف بهذه الصفة حكم برد الدفع . وهو قول الإمام محمد بن الحسن ، رحمه الله .

وجه هذا القول :

١ــ أن الخصــومة توجهــت على واضع اليد ، بظاهر يده ، ولا تندفع عنه إلا بذكر مالك للعين ، باسمه ونسبه ؛ ذلك أن البينة المقدمة تقام لأمرين :

أولهما: تحديد شخص مالك للعين يمكن للمدعي اتباعه ومطالبته ، وهذا لا يكون إلا بتعريفه باسمه ونسبه ، ومن لا يكون معروفا بهذه الصفة ، صار كأن الشهود قالوا لا نعرفه .

ثانيهما : ردالخصومة عن المدعى عليه ، وهي مرتبطة بالأول حفظا لحق المدعي .

٢ــ أن هناك احتمالا ، وشكا قائما حول دفع المدعى عليه ، لا تزيله إلا البينة . أما مضمون هــذا الاحــتمال فهو : أن يكون المدعي هو المالك الحقيقي فلا يبطل حقه في العين وإقامة

---

[1] ــ مجمع الأنهر ج ٣ ص ٣٦٩ .

الخصـــومة ، أو أن يكـــون غـــير المدعي هو المودع ، فيبطل حق المدعي في المخاصمة بمواجهـــة المدعـــى علـــيه ، وحيث قام هذا الاحتمال فقد أورث شكا فوجب التعيين لينتفي الاحتمال ؛ دفعا للضرر عن المدعي حفظا لحقه[1] .

٣ــ أن معرفة الوجه لا تعد معرفة ، وذلك :

أ ــ لمـــا ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل أتعرف فلانا؟ فقال نعم ، فقال هل تعرف اسمه ونسبه ؟ فقال لا فقال إذن لا تعرفه[2] .

ب ــ مما يدل على أن معرفة الوجه لا تعد معرفة، أن من حلف أنه لا يعرف فلانا ، وهو لا يعرفه إلا بوجهه ، لا يعد حانثا[3] .

والأولـــى الأخـــذ بمـــا قـــال به الإمام محمد ؛ ذلك أن مصلحة المدعى عليه تكمن في دفع الخصومة عنه ، إلا أنه لا بد من رعاية مصلحة المدعي ، في تحديد من له اتباعه ، وحفظا لصاحب الحق إن لم يكن المدعي ، منعا للتحايل .

إما إذا لم تقم البينة فيثبت الدفع بإقرار المدعي ، بأن المدعى به ليس ملكا للمدعى عليه[4] ، أو بتصـــديق الغائب إذا حضر ، وصدق المدعى عليه في زعمه ، فترد الخصومة عن الأول ، وتوجـــه إلـــى الثانـــي ، أو بالأيمان ، فإذا عجز المدعى عليه عن إثبات دفعه فله حق طلب

---

[1] ــ مجمع الأنهر ج ٣ ص ٣٧٠

[2] ــ تخريج الحديث وأنظر مجمع الأنهر ج ٣ ص ٣٧٠ / وأنظر نظرية الدعوى ص ٥٩١

[3] ــ مجمع الأنهر ج ٣ ص ٣٧٠ .

[4] ــ أنظر الدر الملتقى المطبوع مع مجمع الأنهر ج ٣ ص ٣٧٢ (وإذا اعترفا على أن الملك لغيرهما تندفع الخصومة) وهذه البينة لاثبات الملك لا اليد ، إذ المنازعة في الملك ، حيث يترتب على ذلك صحة الخصومة من عدمها .

تحلـــيف المدعي اليمين الشرعية على نفي دفعه ، فإذا حلف ثبتت الخصومة ، وإذا نكل ثبت الدفع واندفعت الخصومة[1] .

مذهب المالكية [2] :

١ـ إذا تضـــمن دفع الخصومة المثار من قبل المدعى عليه إقرارا للغير ، سواء كان جهة عامـــة كـــالوقف ، أم لا تمكـــن مخاصـــمته بنفسه كالصغير والمجنون ، يكلف إثبات دفعه.

وعليه :

أ ـ إذا أثبت الدافع دفعه بالبينة ردت الخصومة عنه ، وإقيمت بمواجهة من يمثل الوقف أو الصغير.

ب ـ إذا عجز عن الإثبات يكلف المدعي إثبات دعواه .

---

[1] ـ مجمع الأنهر ج ٣ ص ٣٧٢ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٦٤ .

[2] ـ. ابن فرحون . تبصرة الحكام ج ١ ص ١٤٢ من طبعة دار الكتب العلمية ١٩٩٥م ، فقد قال " لو ادعى على رجل بملك فكان إنكاره بإقرار به لغيره كقوله ليس لي فيه شيء وإنما هو وقف على الفقراء أو على ولدي أو هو لطفل سماه فيقال للمدعي أثبت أنه لك فإن هذا لا ينازعك فيه إلا أن يثبت المدعى عليه ما ذكره من ذلك فتقف المخاصمة على حضور من تثبت له عليه الولاية ، ولو قال ليس هو لي ، أو هو لمن لا أسميه لم يمنع المدعي ذلك من تمام المحاكمة ، ولو قال هو لفلان ، وفلان حاضر في البلد ، فحضر وادعى به فللمدعي أن يحلف المقر له ، فإن نكل حلف المدعي وأخذه ، وإن حلف المقر له فللمدعي أن يحلف المقر لأنه أتلفه عليه بإقراره ، فإن نكل حلف المدعي ، وأخذ من المقر قيمة المقر به ، أو لو أضاف إلى مالك غائب فإن أثبت ذلك ببينة أنصرفت الخصومة عنه إلى الغائب .وإن لم يثبت ذلك لم يصدق وحلف المقر فإن نكل أخذه المدعي بغير يمين فإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه لأن من هو بيده يتهم أن يكون أراد صرف الخصومة عن نفسه " . وأنظر ياسين ـ نظرية الدعوى ص ٦٣٥ و أبو سيف ـ الدفوع الموضوعية لدعوى النفقة ص ٢٤

ثانيها : تترك في يد ذي اليد .

ثالثها : تسلم للمدعي[1] .

أما إذا أقام المدعي بينة فتسلم له قولا واحدا .

٢ـ إذا دفـع الخصومة عن نفسه ، وأضاف ما بيده إلى آخر غائب ، فتوجه الخصومة إلى الغائـب ، وإذا قـدم كـل من المدعي والمتمسك بالدفع بينته سمعت البينتان ، وقدمت بينة المدعـي علـى بيـنة المتمسك بالدفع ، المقر بالعين للغير ، ويعتبر هذا قضاء على الغائب باتفـاق . أمـا الغايـة من بينة المقر فهي إزالة التهمة عنه ، وإسقاط اليمين عنه إذا ادعى المدعي أنه يعلم أنها له[2] .

أمـا إذا لـم يتمكن المدعى عليه من إقامة البينة على دفعه ، وأقام المدعي بينة على قوله ، سلمت له العين قولا واحدا . إلا أن فقهاء الشافعية اختلفوا في القضاء بناء على ذلك هل هو قضاء على الغائب أم قضاء على الحاضر المضيف العين .على قولين :

الأول : أنه قضاء علىالحاضر ؛ وعليه فلا يحتاج إلى يمين .(يمين المدعى عليه)

الثانـي : أنـه قضـاء علـى الغائـب ؛ وعليه فلا بد من اليمين . وذلك لأجل أن لا يغرم المدعىعليه قيمة العين ، ولتنزع العين من يده باليمين المردودة [3].

٣ـ إذا دفـع الخصومة عن نفسه ، وأضاف ما بيده إلى من لا تمكن مخاصمته ، كأن يقول هي لرجل لا أعرفه أو لابني القاصر أو مجنون ، سواء في ذلك أضافها على أنها ملك لمن

---

[1] ـ الهيتمي ـ ابن حجر ـ تحفة المحتاج بشرح المنهاج ـ ج ٤ ص ٤٥١ ـ طبعة دار الكتب العلمية ـ الطبعة الأولى ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م .

[2] ـ ابن أبي الدم ـ أدب القضاء ج ١ ص ٥٩٢ أما إذا كان المدعى عليه وكيلا عن الغائب قدمت بينته على بينة المدعي لأجل اليد . ذات المرجع ج ١ص ٥٩٤ . بالرغم مما ذكر فالغائب على حجته ويده متى عاد .

[3] ـ ابن أبي الدم ـ أدب القضاء ج ١ ص٥٩٢

ذكر ، أو وقف عليه أم لا ، فلا تنصرف الخصومة عنه ، فيرد دفعه ، وتبقى العين في يده ، بدلــيل أن الظاهــر يشهد أن ما في يده إما ملكه ، وإما مستحقه ؛ فما صدر عنه من قول لا يــزيل يــده ولا الخصومة ، وليس ما بيده مستحق للغير ، إلا أنه يحلف على أنه لا يلزمه التسليم .

أمـــا إذا لـــم يكن المدعى عليه ممثلا للقاصر ولا للوقف ، فتنصرف الخصومة عنه إلى من يمثلهم ، إلا أن المقر يحلف لأجل أن لا يغرم [1].

مذهب الحنابلة .

١ــ إن ادعـــى عليه عينا في يده فأقر المدعى عليه لشخص آخر حاضر ، أهل للخصومة ، جعل الخصم في هذه الدعوى ، ويحلف المدعى عليه على دعواه ، فإن نكل غرم بدلها ، وإن صدقه المقر له يكون هذا الآخير كأحد متداعيين على شخص ثالث مقر [2] .

٢ــ وإن أضـــافها إلى شخص ولم يذكر اسمه ، أو سماه إلا أنه كذب المقر وقال ليست لي ، ولم يعرف لمن هي ، سلمت إلى المدعي [3] .

٣ــ وإن أضـــافها إلـــى غائـــب ، أو مـــن لا تصح خصومته كصغير أو مجنون ، سقطت الخصومة عنه ، وإذا أقام المدعي بينة على دعواه سلمت إليه ، دون تحليف المدعى عليه ،

---

[1] ــ الهيثمـــي ــ ابن حجر ــ تحفة المحتاج بشرح المنهاج ــ ج ٤ ص ٤٥٣ ــ طبعة دار الكتب العلمية ــ الطبعة الأولى ١٤٢١هـــ ــ ٢٠٠١م / ابن أبي الدم ــ أدب القضاء ج ١ ص٥٩٢

[2] ــ المرداوي ــ علاء الدين أبي الحسين ــ التنقيح المشبع ص ٣٠٣ / المقدسي ــ شمس الدين أبي عبد الله محمد ــ عقد الفرائد وكنز الفوائد ص ٤١٢.

[3] ــ المرداوي ــ علاء الدين أبي الحسين ــ التنقيح المشبع ص ٣٠٣ / المقدسي ــ شمس الدين أبي عبد الله محمد ــ عقد الفرائد وكنز الفوائد ص ٤١٢.

أما إذا لم يقدم المدعي بينة فله تحليف المدعى عليه ، فإن نكل غرم بدلها ، وإن كان المدعى عليهم أكثر من واحد تعددت الغرامة بعددهم [1].

وإن نكل الزمه له عوضا وإن فثام تداعوها فعوض وعدد

ولا يحلف وإن جائت شهد بأنها لمن كان سماه بغير تردد [2]

الرأي الثاني : وهو رأي ابن أبي ليلى الذي يقول بعدم وجوب الإثبات والاكتفاء بالادعاء.

وجه هذا القول : أن المدعى عليه غير متهم فيما أقر به على نفسه ، فثبت أن يده على العين يـد حفـظ ، لا يد خصومة ، ويظهر أنه بناء على هذا القول ، أن بيان وصف اليد الظاهرة كـاف لدفع الخصومة ، دون حاجة إلى إضافة الملك إلى الغير ؛ ذلك أنه لا حاجة للاتباع ؛ فلا حاجة للبينة[3] .

النوع الثاني : الدفع الموضوعي[4] .

ويقصد من هذا الدفع إبطال دعوى المدعي ، فيتعلق هذا الدفع بذات الحق موضوع الدعوى ، وحـال ثبوته ترد دعوى المدعي ، وهذا الرد إما أن يكون ردا نهائيا لا يتمكن بعده المدعي مـن إقامـة دعواه بذات الموضوع ، وإما أن يكون ردا مؤقتا ، بحيث يحق له إقامة دعواه مجددا بعد زوال سبب الرد ، أو أن يحكم على المدعى عليه بذات الوقت الذي يحكم له على المدعي ، وهذا مترتب على طبيعة الدعوى المقامة وموضوعها ، وطبيعة الدفع المثار .

---

[1] ـ المرداوي ـ علاء الدين أبي الحسين ـ التنقيح المشبع ص ٣٠٣

[2] ـ المقدسي ـ شمس الدين أبي عبد الله محمد ـ عقد الفرائد وكنز الفوائد ص ٤١٢.

[3] ـ مجمع الأنهر ج ٣ ص ٣٦٩

[4] ـ الشيرازي . المهذب ج ٢ ص ٣٩٧ . ابن فرحون . ابن فرحون . تبصرة الحكام ج ١ ص ١٠٩ / ابن نجيم . البحر الرائق مطبوع مع حاشية منحة الخالق ج ٧ ص ٢٩٢ ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ١ ص ١٨٣. قراعة ـ الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ص ٥٤ حيدر ـ درر الحكام ج ١٢ ص ١٨٥ نياب ـ زياد صبحي ـ الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون ص ٥ .

ثانيا : أنواع الدفوع في القانون .

النوع الأول : الدفوع الموضوعية [1].

وهذا النوع من الدفوع يشابه في حكمه الدفوع الموضوعية في الفقه الإسلامي ، فهذا النوع من الدفوع يتعلق بذات الحق من وفاء ، أو إبراء ، أو انقضاء .

النوع الثاني : الدفوع الشكلية [2].

وهـذا الـنوع من الدفوع يتعلق بإجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق ، ولا يعتبر الحكـم الصـادر في الدعوى المنظورة بناء عليها حكما نهائيا ، بل ما هو إلا تأجيل للحكم بموضـوع الدعوى ، إلى أن يتم تصحيح الإجراءات إن أمكن أمام المحكمة ذاتها ، أو أمام محكمة أخرى ، إذا تطلب الأمر ذلك ، إلا أن الدفع الشكلي أحيانا يكون برد الدعوى نهائيا ، وعـدم جواز رفعها بعد ذلك ، كما لو دفع بالتقادم ، على اعتبار أنه دفع شكلي ، كما ذهبت إلى ذلك بعض قوانين الإجراءات .

ومن ذلك ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة ٨٠ منه " نفقة العدة كنفقة الزوجية ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة إذا لم يكن للمطلقة نفقة زوجية مفروضة فإذا كان لها نفقة فإنها تمتد إلى انتهاء العدة على أن لا تزيد مدة العدة عن سنة وللمطلقة المطالبة بها

---

[1] ـ ذياب ـ زياد صبحي ـ الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون ص٥ / أنطاكي ـ رزق الله ـ أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ص ١٩٧ / أنظر ياسين ـ محمد نعيم نظرية الدعوى ص ٥٨٩ وما بعدها .

[2] ـ ذياب ـ زياد صبحي ـ الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون ص٧ / أنطاكي ـ رزق الله ـ أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ص ١٩٧ / أنظر ياسين ـ محمد نعيم نظرية الدعوى ص ٥٨٩ وما بعدها .

عند تبليغها وثيقة الطلاق فإذا بلغت الطلاق قبل انقضاء العدة بشهر على الأقل ولم تطالب بها حتى انقضت عدتها يسقط حقها في النفقة "

وهنا لا يحق رفع الدعوى مجددا بذات الموضوع ؛ على اعتبار أن الحكم فيها بالرد ، يعتبر حكما وردا نهائيا .

وهـذان النوعان من الدفوع هما ما وردا في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني وقبله في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني .

النوع الثالث : الدفع بعدم القبول .

وهذا النوع من الدفوع عالجته بعض قوانين أصول المحاكمات ، وهو ما يسمى بالدفع بعدم القـبول[1] . وهـذا النوع من الدفوع موجه إلى الدعوى ـ أي المطالبة ـ ذاتها ، باعتبارها وسيلة لحماية الحق .

ومـن ذلك الدفع بعدم توفر شرط من شروط قبول الدعوى ، أو كون القضية مقضية ، أو أن الدعوى سابقة لأوانها ؛ لرفعها قبل الميعاد القانوني ، وغير ذلك .

فهـذا النوع مـن الدفـوع عـند من قال به لا يوجه إلى ذات الحق المدعى به ، ولا إلى الأجراءات المتبعة ، وهو بهذا يخرج عن نطاق الدفع الموضوعي ، والدفع الشكلي عندهم ، فهو متعلق بوسيلة حماية الحق ، أي متعلق بذات الادعاء .

أما أهم الأحكام المتعلقة بالدفوع في القانون .

وجـوب تقديم الدفوع الموضوعية دفعة واحدة ـ لا أن يقوم بإثارة دفع جديد بعد استكمال البحث في الدفع المثار أولا ، لأن في ذلك إطالة لأمد التحاكم ، إلا أن هناك بعضا من الدفوع

---

[1] ـ ذياب ـ زياد صبحي ـ الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون ص٧ / أنطاكي ـ رزق الله ـ أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ص ١٩٨ / أنظر ياسين ـ محمد نعيم نظرية الدعوى ص ٥٩٤ وما بعدها .

الشـــكلية التي يتم عرضها على المحكمة أولا وطلب رد الدعوى بناء عليها بعد البحث فيها وثـــبوتها وذلـــك قـــبل البحـــث فـــي الموضوع وقدم عالجت المادة ١٠٩ من قاون أصول المحاكمـــات المدنـــية الأردنـــي هـــذا الموضوع حيث نصت " أولا للخصم قبل التعرض لموضوع الدعوى أن يطلب من المحكمة إصدار الحكم بالدفعوع التالية بشرط تقديمها دفعة واحدة وفي طلب مستقل

أ ــ عدم الاختصاص المكاني .

ب ــ وجود شرط تحكيم .

ج ــ كون القضية مقضية .

د ــ مرور الزمن .

هـــ بطلان أوراق تبليغ الدعوى .

ويترتـــب علـــى كـــل دفع منها حكم خاص متعلق بالدعوى . وهناك علاقة ما بين الدفوع الموضـــوعية والدفـــوع الشكلية من حيث أن الإجابة على الموضوع يسقط الحق في بعض أنـــواع الدفـــوع الشـــكلية . كما هو الحال في الاختصاص المكاني . فهذا الدفع بنص قانون أصـــول المحاكمات الشرعية فإنه لا يسمع بعد الإجابة على الدعوى حضوريا ولا بعد الحكم فيها غيابيا .

المبحث الثاني : الالتزام في الفقه الإسلامي والقانون .

وفيه :

تعرف الالتزام في اللغة

تعريف الالتزام في الفقه

تعريف الالتزام في القانون .

طبيعة الالتزام في الفقه والقانون .

عناصر الالتزام .

مصادر الالتزام

تعريف الالتزام .

الالتزام في اللغة :

لزم لزوما ، ولزما ، ولزاما، ولزاما، ولزامة ، ولزمة ، ولزمانا.

ولزم الشيء ، ثبت ودام ، ولزم بيته لم يفارقه ، والالتزام الاعتناق ، والتزم الشيء أوجبه على نفسه ، والمال وجب عليه ، والغريم تعلق به ، ودام معه ، ولزم الأمر ، وجب حكمه .

والتزم ، بمعنى لازمه ، والتزم المال أو العمل ، أوجبه على نفسه [1].

الالتزام في الفقه الإسلامي[2] :

ذكر الفقهاء لفظ الالتزام ، واللزوم للدلالة على عدة معان . منها :

١- ما يوجبه الشخص على نفسه بفعله ، أو ما يجب عليه بحكم الشرع .

---

[1] ـ المنجد . ج١ ص ٧٢٠ . الطبعة الأولى ، دار الشروق ١٩٨٦م . وانظر لسان العرب ج ١٢ ص ٥٤٢ ، طبعة دار صادر . وانظر ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة ، ط ٣ دار الفكر ج ٤ ص ١٣٩.

[2] ـ أنظر في ذلك ، العتوم ، نعيم علي محمد ، الالتزام بعناية والالتزام بغاية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ، رسالة ماجستير ـ الجامعة الأردنية أيار ٢٠٠١م ، حيث جمع الباحث طائفة واسعة من عبارات الفقهاء اشتملت على لفظ الالتزام والإلزام .

قـــال الإمام السرخسي[1] رحمه الله تعالى : " قالوا : في كل دين التزمه بالعقد اختيارا ، كالمهـــر ، وديـــن الكفالة . فإقدامه على الالتزام إقرار منه أنه قادر على الأداء ، فإن العاقل لا يلتزم ما لا يقدر على أدائه "[2].

وكذلـــك قوله : "... وبهذا يثبت أنه غير عاجز عن معروف يليق بماله ، وهو الالتزام فـــي الذمـــة ، فإن المعروف في النفقة ، على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، وهو الالتزام في الذمة "[3] .

وورد فـــي مغني المحتاج ما يدل على ذلك ــ حيث ذكر في معرض حديثه عن وجوب الهـــدي في الحج قوله : (لأنه ــ أي الهدي ــ واجب على المتمتع بنص القرآن وفعل المتمتع أكثر من فعل القارن فإذا لزمه الدم فالقارن أولى)[4].

وذكـــر فـــي باب الضمان : " هو ــ أي الضمان ــ لغة الالتزام وشرعا يقال لالتزام معنى ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو مضمونه)[5].

وعند المالكية في الحوالة قال الدسوقي رحمه الله : " لا تصح الإحالة عليهم ...لعدم لزوم ذلك الدين)[6].

---

[1] ـ السرخسي :
اـمحمد بن احمد بن ابي سهل .ابو بكر السرخسي .شمس الائمة.
صاحب المبسوط .تخرج بعبدالعزيز الحلواني ،واملى المبسوط وهو في السجن ،وكان عالما اصوليا مناظرا ، وقد شاع انه املى المبسوط من حفظه ، من غير مراجعة كتب . ابن قطلوبغا،تاج التراجم ،ص ١٨٢-١٨٣ .

[2] ــ االسرخسي . المبسوط ج٥ ص١٩٣

[3] ــ االسرخسي . المبسوط ج٥ ص١٩١

[4] الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج٢ص٣١٢

[5] الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج٢ص١٩٨

[6] الدسوقي . حاشية الدسوقي ج٤ص٥٣٠

٢- الدلالة على أهلية الأداء . ومن ذلك:

مـــا جـــاء في المبسوط : " وموالاة الصغير بالله ... إذا أسلم مشرك على يدي الصبي ووالاه لأنه بالعقد يلتزم موالاته بالحال ... وهو ليس من أهل الالتزام بخلاف ما إذا أسلم علـــى يـــدي امـــرأة ووالاها لأن المرأة من آهل الالتزام بالعقد ومن أهل اكتساب بسبب الولاء بالعتق فكذلك بالعقد "[١].

وورد في حاشية الدسوقي قوله : "...من له البيع أي من فيه أهلية البيع وهو المميز ولزوما وهو المكلف الرشيد "[٢] .

٣- الدلالة على الأثر المترتب على الفعل . من ذلك :

عـــند الشـــافعية ورد في مغني المحتاج في باب الضمان قوله : "هو ـــ الضمان ـــ لغة الالـــتزام وشـــرعا يقال لالتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو يمين مضمونه"[٣] .

وورد عنهم كذلك (فإن رضي أحدهما بدون ما ادعاه أو سماع للآخر بما ادعاه لزم العقد ولا رجوع وورد كذلك والأصل في البيع اللزوم"[٤] .

---

[1] السرخسي . المبسوط ج٨ص٩٥

[2] الدسوقي . حاشية الدسوقي ج٤ص٣٧٤

[3] الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج٢ص١٩٨

[4] البكري . حاشية إعانة الطالبين ج٣ص٤٤

وورد عـــند الحنابلة في باب الضمان : " هو ــ الضمان ــ التزام الإنسان في ذمته دين المديون مع بقائه عليه "[١].

وورد عـــندهم للدلالة على حكم العقد ما نصه : "ولا يصح شرط الأجود ــ في البيع ــ وفـــي الأداء وجهـــان وله أخذ نوع آخر من جنسه بدون شرطه من نوعه وقال القاضي وغيره يلزمه "[٢].

وعند المالكية : " وصح الضمان ولزم من أهل الشيوع "[٣] .

مـــن خلال ما سبق نرى أن الفقهاء استخدموا لفظ اللزوم ، والالتزام ، للدلالة على عدة معـــان ، مـــنها ما ذكر أعلاه مشتملا على ما يدل على وجوب الشيء على الشخص سواء كان بإرادته المنفردة ، أم بموجب العقد . خلافا للدكتور السنهوري ، في زعمه أن الفقهاء المسلمين استخدموا لفظ الالتزام في الغالب للدلالة على ما يلتزم به الشخص بإرادته المنفردة وندرة ذلك في الالتزامات التي تنشأ عن العقود [٤].
ومن فقهاء المسلمين من عرف الالتزام تعريفا مباشرا منهم الحطاب حيث قال :

"مدلول الالتزام لغة إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما وهو بهذا يشمل البيع والإجارة والـــنكاح والطـــلاق وســـائر العقود أما الالتزام في الفقه فهو التزام الشخص شيئا غير معـــروف مطلقا أو معلقا على شيء بمعنى العطية وقد يطلق على ما هو أخص من ذلك وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام وهو الغالب في عرف الناس"[٥] .

[1] المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج٥ص١٨٩

[2] ابن مفلح . الفروع . ج٤ص١٧٩

[3] الدسوقي . حاشية الدسوقي ج٤ص٥٣٧

[4] السنهوري . مصادر الحق . ج١ص١٣

[5] تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص٦٨ــ٦٩

ومـــن المحدثيـــن عرفه الشيخ الزرقا رحمه الله تعالى بقوله : " هو كون الشخص مكلفا شرعا بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره"[1].

[1] الزرقا . المدخل الفقهي العام ج١ص ٤٣٦

تعريف الالتزام عند القانونيين .

منهم من عرفه بأنه رابطة قانونية بين شخصين تخول أحدهما وهو الدائن أن يقتضي من الآخر وهو المدين أداء ماليا معينا .

وهـذا الأداء المالي يتمثل في التزام المدين بإعطاء أو بأداء عمل أو بالامتناع عن أداء عمل [١]

وقـد اعترض الشيخ الزرقا على تعريفهم بأنهم يتعرضون إلى معان في تعريف الالتزام لا يـتوقف عليها فهم حقيقته وخصائصها ذلك أن هذه الإطالة وهذه المعاني خارجة عن حقيقة الالتزام وإنما المدار فيها التنبيه على عدم اشتراط القيمة المادية بالنسبة لمحل الالتزام وكذلك عدم اشتراط وجود الملتزم له عند إنشاء الالتزام[٢] .

[1] عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ص ٨ نظرية الالتزام ص٢٠

[2] الزرقا . المدخل الفقهي العام ج١ص٨١-٨٢

طبيعة الالتزام :

طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي .

نقصـــد مـــن عرضـــنا لطبيعة الالتزام أن نبين التكييف الفقهي والقانوني للالتزام ، فهل يعد الالـــتزام سلطة شخصية يمارسها الملتزم له (الدائن) على شخص الملتزم ؟، أم أن الالتزام علاقة مادية بحتة[1] ؟ .

بدراســـة ما شرعه الإسلام من وسائل لحماية الحقوق ، وتنفيذ الالتزامات ، نجد أن الإسلام اعتـــبر أن للملتزم له سلطة على شخص الملتزم في أكثر من صورة ، إلا أن هذه السلطة لا يمارســـها الملتزم له (الدائن) على شخص المدين بنفسه ، فمن ذلك أن الإسلام أجاز حبس المدين المماطل ، فإذا كان المدين موسرا يحبس إلى أن يؤدي ما عليه ، ومن الفقهاء من قال تـــباع أمواله عليه ، ومستند ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " لي الواجد ظلم "[2]، وقوله صلى الله عليه وسلم : " مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته "[3].

وكما أشرت فإن تشريع العقوبة غايته الحفاظ على حقوق الآخرين ، واستقرار المعاملات ؛ حفظا لأمن المجتمع . لا إيلام الملتزم .

وهـــذا حال اليسار ، أما حال الإعسار فإن هذه السلطة الشخصية تنعدم ، وتزول ؛ إذ الغاية كما تقدم الوفاء بحقوق الآخرين ، لا تعذيب المدين وإيلامه . وهنا تؤول العلاقة ما بين الدائن

---

[1] ـ الزرقا . المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٥٥ / أنظر المقارنات التشريعية ج ٢ ص ٨٣٠-٨٣١

[2] ـ تخريج الحديث . الطبراني ، المعجم الكبير ، ج ٤ ص ١١٥ رقم الحديث ٧٠٦٥ / النسائي ج ٧ ص ٣١٦ رقم الحديث ٤٦٨٩ .

[3] ـ تخريج الحديث . البخاري ج ٢ ص ٧٩٩ رقم الحديث ٢١٦٦ . / الترمذي ج ٣ ص ٦٠٠ رقم الحديث ١٣٠٨ .

والمدين إلى علاقة مادية بحته ، استنادا إلى قوله تعالى : " فنظرة إلى ميسرة " . فالالتزام في حالـــة الإعسار يتعلق بالمال فقط ، كما هو الحال في انشغال ذمة الشخص بدين ، أو وجوب تسليم عين من الأعيان ، فيترك المعسر إلى حين اليسار ، مع بقاء انشغال الذمة ، فدل على أن الأصل في الالتزام أنه علاقة مادية وحسب ، إلا إنها مدعمة بسلطة شخصية عند امتناع المدين عن التنفيذ بلا عذر[1] .

[1] ــ الزرقا . المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٥٥ / أنظر المقارنات التشريعية ج ٢ ص ٨٣٠-٨٣١ .

طبيعة الالتزام في القانون .

تلــك هي طبيعة الالتزام في منظومة التشريع الإسلامي ، بخلاف ما كانت عليه في القانون الوضــعي ، حيث لم ترتق النظرة القانونية لطبيعة الالتزام إلى ما هي عليه إلا في العصور الحديثة ، فقد كان للدائن سابقا الحق في قتل مدينه ، وله بيعه استيفاء لما له من حق ، وهي بهذا سلطة شخصية مجردة ، ثم تحولت من سلطة شخصية تامة ممنوحة للدائن على شخص المديــن وذاتــه إلــى علاقة مادية مجردة ، بحيث لم يبق للدائن حق في طلب حبس مدينه الموسر ، ولا استيفاء الحق رغما عنه ، ثم تدرجت بعد ذلك إلى ما وصلت إليه ، من اعتبار الالتزام علاقة مادية ، وحال تعذر الاستيفاء تدعم بسلطة شخصية ، تخول الدائن حق طلب حبس المدين ، سعيا للاستيفاء [1].

وعليه فإن الالتزام بهذا الاعتبار رابطة بين طرفين ، يؤدي إلى توافر مكنة قانونية للدائن ، بأن يقتضي من المدين عطاء أو عملا أو امتناعا عن عمل .
فلــم يعــد سلطة مباشرة على الشخص كما هو الحال في سلطة الشخص على ما له فيه حق عيني ، وليس علاقة مادية بحته [2] .

فالالتزام يتضمن واجبات قانونية ، تتمثل في وجوب أداء ما ترتب على الملتزم للملتزم له ، ومؤدى ذلك أن يتحمل الملتزم (المدين) واجبا، يتضمن قيامه بعمل ، أو امتناع عن عمل ، أو إعطاء شيء لصالح الملتزم له (الدائن) ، ويكون لهذا الأخير سلطة الإجبار [3].

---

1 ــ عبد الرحمــن ــ الو سيط في النظرية العامة للالتزامات الطبعة الأولى ١٩٩٩م دار النهضة القاهرة . ص ١٣

2 ــ عبد الرحمــن – الو سيط في النظرية العامة للالتزامات . ص ١٥

3 ــ رمضان أبوالسعود ص ٨

عناصر الالتزام .

للالتزام في الفقه الإسلامي أربعة عناصر :

الأول : الملتزم له ، أي من وجب له الالتزام .

وهـو كـل مـن يصح أن يملك ، أو يملك الناس الانتفاع به ، وهو بهذا يشمل الشخصيات الحقيقية ، والاعتبارية كالوقف [١].

الثاني : الملتزم : وهو من وجب عليه الالتزام ، والمكلف بأدائه .
قـال الحطاب : " ويشترط فيه أن يكون أهلا للتبرع وهو المكلف الذي لا حجر عليه بوجه وليس بمكره " [٢].

الثالث : محل الالتزام ، وهو الشيء الذي تعلق به الفعل [٣].

الرابع : الصيغة أو ما يقوم مقامها من إشارة أو فعل ونحوه تدل على قيام الالتزام ، ووجوبه على الشخص[٤].

أما الفعل الواجب تنفيذه فهو موضوع الالتزام ، والواجب ذاته هو الالتزام [٥].

---

[1] ــ تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٦٨و ٦٩ / الزرقا . المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٥٢ .

[2] ــ تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٦٨و ٦٩ .

[3] ــ الزرقا . المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٥٢ .

[4] ــ تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٦٩ .

[5] ــ الزرقا . المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٥٢ .

ففـــي عقـــد البيع : يترتب التزام على البائع بتسليم المبيع للمشتري ، يترتب على المشتري التزام بنقد الثمن .

فالـــبائع بالنسبة لتسليم المبيع يعتبر هو الملتزم ، أما المشتري فهو ملتزم له ، وتسليم المبيع هو موضوع الالتزام ، أما الالتزام ذاته فهو وجوب تسليم المبيع ، ومحل الالتزام هو المبيع [١] ، أما الصيغة فهي صيغة العقد من إيجاب وقبول .

أمـــا عناصـــر الالتزام في القانون ، فهي الملتزم ، والملتزم له ، ومحل الالتزام ، والسبب حيث يعتبر عنصرا من عناصر الالتزامات الناتجة عن العقود [٢].

---

[1] ـــ الزرقا . المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٥٢ .

[2] ـــ نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ص ٢٠

مصادر الالتزام .

أولا : مفهوم مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي :

يعرف الشيخ الزرقاء مصدر الالتزام بأنه " الأمر أو الحادث الذي نشأ عنه الالتزام "[1].

يفهم من هذا أن المقصود بمصدر الالتزام الواقعة التي أنشأت الالتزام .

فعقد البيع واقعة أنشأت التزاما على البائع بتسليم المبيع ، وعلى المشتري بنقد الثمن . كما أنشأ عقد الإجارة التزاما على المؤجر ، يتمثل بتسليم العين ، وعلى المستأجر بتسليم الأجرة المستحقة للمؤجر .
والفعل الضار مثل التعدي على مال الغير بإتلافه ، يعد واقعة أنشأت حقا لهذا الغير ، يلزم المعتدي فيه بالتعويض لصالح المعتدى عليه .

فما ذكرنا ، وأمثالها من وقائع صالحة لإنشاء التزام على شخص تجاه آخر ، هو ما يسمى بمصدر الالتزام .

ومصدر الالتزام وسببه في الفقه الإسلامي هما بمعنى واحد ، فالعقد مصدر كما تقدم في البيع ، أنشأ التزامات على البائع ، وأخرى على المشتري ، وعقد الزواج أنشأ التزامات على الزوج ، تتمثل بوجوب الوفاء بالمهر ، وإعداد المسكن ، والمعاملة بالحسنى ، وانشأ التزامات على الزوجة تتمثل بالطاعة ، والمعاملة بالحسنى كذلك .
فالمصدر ذاته هو سبب الالتزام المترتب على كل من الطرفين .

[1] ـ الزرقا . المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٥٤ .

ثانيا : مفهوم مصادر الالتزام في القانون .

يخـتلف مفهوم مصادر الالتزام عند القانونيين عنه في الفقه الإسلامي ، فالقانونيون يعرفون مصـدر الالـتزام بأنـه الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام ، وهذا قريب مما هو في الفقه الإسلامي ، إلا أنهم يجعلون مصدر الالتزام غير سببه ، فعندهم للالتزام مصدر ، وله سبب ، ويقصـدون بالسـبب ، الغـرض المباشر الذي من أجله يوجب الملتزم الالتزام على نفسه ، ويمثلون لذلك ، بأن البائع ملتزم بتسليم المبيع للمشتري ، لأنه يرغب الحصول على الثمن ، وكذلك فإن المشتري أوجب على نفسه التزاما بتسليم الثمن ، لأنه يرغب في امتلاك المبيع . وكذلك في عقد الإجارة ، فالمستأجر أنشأ هذا الالتزام على نفسه ، لرغبته في الانتفاع بالعين المؤجرة ، كما أن المؤجر أنشأ ما وجب عليه من التزام لرغبته في الحصول على الأجرة . ويجعلون هذا في الالتزامات التعاقدية فقط ، ويعتبرون الباعث هو سبب الالتزام [١]، ولا يخفى أن هذا خلط في مفهوم السبب ، أي المصدر المنشئ للالتزام ، فالسبب هو الرابطة التي تربط طرفي الالتزام ، فالعقد سبب الالتزامات المترتبة على كل من طرفيه ، والفعل الضار ، هو سـبب ترتب الالتزام على المعتدي . يقول الشيخ الزرقا :" هذا السبب هو الحادثة المولدة للالـتزام ، وهـي تشمل جميع التصرفات القولية والفعلية ، وكل ما ينشأ عنه حق في نظر الشرع "[٢]. .

---

[1] ــ نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ص ٢٠ / مصادر الالتزام ، عبد المنعم الصدة ص ٣٣

[2] ــ الزرقا . المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٥٣ .

الغاية والفائدة المترتبة من تحديد مصدر الالتزام .

يســتفاد مــن تحديــد مصدر الالتزام ، وتعيينه ، عقدا كان أم فعلا ضارا ، أم غير ذلك من المصادر ، فائدتان .

الأولى :

الــتحقق من توافر أركان الالتزام ، وشروط نشوئه ، للقول بصحة نشأت هذا الالتزام ، وتولــده ، فــإذا اكتملــت أركــان وشــروط مصدر الالتزام ، نشأ الالتزام صحيحا ، مرتبا لآثــاره .فالعقد كمصدر للالتزام ، حال توافر أركانه وشروطه ، ينشئ التزاما صحيحا على طرفي العقد ، تجاه بعضهما ، بينما إذا اختل شرط فقد اختل المصدر المنشئ ، فالعقد الباطل ، أو الفاسد قبل التقابض لا ينشئ التزاما على أي من طرفيه .

وكذلك يقال في سائر مصادر الالتزام ، فإذا توافرت شروطها ، وأركانها ، أنشأت التزامات صحيحة ، مقرة فقها وقانونا ، وصحت المطالبة بها قضاء [1].

الثانية :

تحديــد مــدى الالــتزام ونطاقــه من حيث الأشخاص ، فالعقد يتعلق بالعاقدين ، فهو ينشئ التزامات لا تتعدى إلى غير طرفيه ، والفعل الضار يكون سببا لالتزام موضوعه الضمان ، وطرفاه هما الفاعل والمضرور ، وكذلك يقال في سائر الالتزامات ، فالمصدر يحدد طرفي العلاقة .

فــتحديد المصــدر المنشئ للالتزام ، يفيد في تحديد مدى هذا الالتزام ونطاقه ، بحيث تتضح عناصــر الالــتزام ، فلكــل مصدر من مصادر الالتزام نطاق يختلف عن المصدر الأخر ، فنطاق الالتزام الناتج عن عقد البيع مثلا ، يختلف عن الالتزام الناشئ عن قيام شخص بجرح آخــر على سبيل الخطأ ، وهذا يختلف عن نطاق الالتزام الذي مصدره الشرع أو القانون ، ولا يــرد علــى ذلك تشابه عناصر الالتزامات ، في النظرية العامة لها ؛ ذلك أن تشابه هذه

---

[1] ـــ مصادر الالتزام ، عبد المنعم الصدة ص ٣٣

العناصـــر لا ينفـــي تفرد واستقلال كل مصدر من مصادر الالتزامات بنطاق خاص ، محدد المعالم ، ففي كل التزام ملتزم ، وملتزم له ، ولكن هذين العنصرين يختلفان في العقد عنهما في أي مصدر آخر من مصادر الالتزام .

مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي .

يقصـــد بالمصـــدر هنا ، السبب المباشر لإنشاء الالتزام ، لا المصدر الآمر بذلك ، إذ تكون كافة الالتزامات بناء على اعتباره المصدر الآمر مردها إلى الشرع ، باعتبار أن الشرع هو الموجب للالتزام عند تحقق السبب ، وعليه فالمراد بالمصدر ، هو المصدر المباشر .

وبهذا تتمثل مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي بالعقد ، والإرادة المنفردة ، والفعل النافع ، والفعـــل الضار ، والشرع . ولا يشترط أن تشترك كل هذه المصادر ، أو اثنان منها لتوليد الالـــتزام ، بـــل إن أحد هذه المصادر منفردا إذا توافرت شرائطه ولد التزاما ؛ ذلك أن هذه المصـــادر مـــا هي إلا أسباب منشئة للالتزامات وإذا تعددت كان كل سبب منها مستقلا عن الآخر ، في إيجاده وإنشائه للالتزام .

مصادر الالتزام في القانون .

أمـــا فـــي القـــانون ، فقد تعددت النظريات التي حاولت حصر مصادر الالتزام في القانون الوضـــعي ، وآخـــر ما استقر عليه الأمر هو تقسيم هذه المصادر إلى خمسة مصادر ، هي العقـــد ، والإرادة المنفردة على اعتبار أنهما مصدران إراديان ؛ ذلك أن الإرادة في كل منها تحـــدث أثـــرا قانونـــيا معينا ، والفعل الضار أو العمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب ، والقانون .

وبهــذا فــإن الاختلاف فيما بين الفقه الإسلامي والقانون في هذه المصادر، و مدى اعتبار الالــتزامات الناشــئة عــنها ، قائم على الاختلاف في أسس المصدر التشريعي ، فالشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع في الفقه الإسلامي ، بخلاف القانون الوضعي [١]،

[1] ـــ عبد الرحمـــن ، حمدي ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ص ٧٢ / مصادر الالتزام ص ٤١ / نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ص ١٢٥ .

المبحث الأول

مفهوم الدفع بعدم تنفيذ الالتزام
وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول :تعريف الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

المطلب الثاني : طبيعة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

المطلب الثالث : العلاقة بين الدفع بعدم التنفيذ والدفع باستحقاق الفسخ

المطلب الرابع : العلاقة بين الدفع بعدم التنفيذ والدفع بالمقاصة .

تعريف الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

أولا : في اللغة .

تقـــدم تعريف الدفع في الفصل التمهيدي ، وتبين أن من معانيه النقض والإزالة و الرد ، كما تقدم تعريف الالتزام . أما كلمتي عدم و تنفيذ فلهما عدة معان في اللغة ومن ذلك

١ـــ عدم : العدم بفتح العين ، والعدم بضم العين وتسكين الدال المهملتين فقدان الشيء وذهابه ، ويقال أعدمني الشيء بمعنى لم أجده[١] ، والعدم ضد الوجود[٢] ،

٢ـــ تنفيذ : من جواز الشيء ، والخلوص منه .
ومـــنه الإمضاء ، ورد في الحديث الشريف " بر الوالدين الاستغفار لهما وإنفاذ عهدهما " .
ونفذ الأمر مضى[٣] .
ونفذ الكتاب إلى فلان نفاذا ، أو نفوذا ، أو أنفذته أنا ، والتنفيذ مثله[٤] .

ثانيا : في الفقه الإسلامي .
لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب فقهية تعريفا للدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الفقه الإسلامي . بل لـــم أجد من الفقهاء المسلمين من استخدم هذا التعبير . إلا أن هذا لا يعني أن الفقه الإسلامي لم يعرف الدفع بعدم تنفيذ الالتزام . فقد عرف الفقه الإسلامي القاعدة العامة للدفع بعدم تنفيذ الالتزام وعـــالج من خلال هذه القاعدة طائفة واسعة من الدفوع التي تثار أمام القضاء . وهذا ما درج

---

[1] ـــ ابن منظور . لسان العرب ج ١٢ ص ٣٩٢ / أنظرالفيومي . المصباح المنير ج ٢ ص ٥٤٣ .

[2] ـــ المنجد ص ٤٩٢

[3] ـــ ابن منظور . لسان العرب ج ٣ ص ٥١٤ ـــ طبعة دار صادر ١٣٨٨هـــ ـــ ١٩٦٨م / وأنظر المعجم الوسيط ج ٢ ص ٩٤٧ .

[4] ـــ ابن منظور . لسان العرب ج ٣ ص ٥١٤ ـــ طبعة دار صادر ١٣٨٨هـــ ـــ ١٩٦٨م .

عليه الفقه الإسلامي من أنه يعالج المواضيع دون أن يتم جمعها معا تحت مظلة نظرية واحدة ، تحدد شروطها نظريا ثم الانطلاق إلى التفريع بتطبيقه على الوقائع كل على حدة[1] .

هـــذا وقــد حدد الفقهاء المسلمون معالم نظرية الدفع بعدم التنفيذ كقاعدة عامة من خلال بحثهم لمفردات تعتبر من أهم تطبيقاتها . ومن ذلك

١ـــ الحـــبس : فقد بحث الفقهاء المسلمون شروط استخدام الحبس، والتمسك به كدفع للدعوى ، وأثره على الالتزام ، وعلى الدعوى القضائية ، وحددوا المتمسك به ، وواجبات المستفيد منه .

من ذلك قولهم : " إن للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن الحال ...... "[2]
وقولهـــم : " ..... وإن قلنا بالاتحاد لم يجب تسليم شيء إلى أحدهما وإن وزن جميع ما عليه حتى يزن الآخر لثبوت حق الحبس "[3]

٢ـــ الامتـــناع عـــن التســـليم لامتناع الطرف الآخر عن التسليم . فامتناع الثاني سبب في عدم استحقاقه المطالبة .

---

[1] ـــ مع أن الفقهاء لم يتعرضوا لبسط النظريات الفقهية بالأسلوب القانوني المعاصر إلا أنهم كانوا يقومون بتطبيق هذه النظريات على المفردات وغالبا ما نجدهم يقيسون إحدى مفردات النظرية على غيرها للدلالة على الأحكام ، مما يشير إلى أن النظرية وإن لم تصغ بالأسلوب المعاصر كما ذكرت إلا أنها كانت حاضرة في العقلية الفقهية آنذاك .

[2] ـــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣٧ / أنظر ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ٢٥و ٩٥ / الإمـــام مالك . المدونة . ج ٥ ص ١٧١٥ / ابن رشد القرطبي . البيان والتحصيل . ج ٨ ص ٤٩٨ / النووي . المجموع . ج ٩ ص ٢٢١ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٣

[3] ـــ النووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ٩٨

ومــنه قولهــم : " والحكم فيمن أكرى دابته فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة أو أجر نفسه أو عبده للخدمة وامتنع من إتمامها أوأجر نفسه أو حفر بئرا أو حمل شيئا إلى مكان وامتنع من إتمام العمل لبناء حائط فالحكم في العقار أن يمنع من تسليمه وأنه لا يستحق شيئا ."[1]

وعلــيه فــإن مــن طلب إليه تسليم شيء ، له أن لا يمتثل ؛ على اعتبار أن ما طلب إليه غير واجب التسليم .

٣ــ عدم جواز المطالبة بالتسليم .

قــال ابن عابدين: " باع المستأجر ورضي المشتري أن لا يفسخ الشراء إلى مضي مدة الإجارة ثم يقبضه من البائع فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها ولا للبائع مطالبة المشتري بالثمن ما لم يحصل المبيع بمحل التسليم "[2]

٤ــ المنع من الانتفاع .

قال الإمام النووي رحمه الله تعالى :

" .... ومــتى بــنى بآلة نفسه فله منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد أما من السكون فليس له منعه لأن العرصة ملكه ...... وأما البئر فليس له منعه من الشرب "[3]

وقول المالكية :

" وعلــي الــذي لم يعمل ما ينوبه من الأجرة للعمل .... ثم أراد الدخول معك أعطاك ما ينوبه من قيمة ذلك يدفع ذلك إليك "[4]

فدلت هذه العبارات على أن للشخص الامتناع من التنفيذ لامتناع الطرف الآخر عن التنفيذ .

---

[1] ــ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٦ ص ٢٤

[2] ــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ٩٧

[3] ــ النووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ٤٥٢

[4] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٨٧

حيـــث ورد في عبارة الإمام النووي أن للشريك منع شريكه من الانتفاع أي أن هذا الامتناع هو امتناع مشروع .

وفيما ذكره المالكية أن للشريك منع صاحبه من الانتفاع بما تمت إعادته من المشترك بينهما إذا امتنع هذا الأخير عن أداء ما عليه و لم يقم بالوفاء بما للأول من حق .
وثـــبوت مشروعية هذا السلوك من قبل الأول تمنحه حق التمسك به كدفع لدعوى الثاني مطالبته الإذن له بالانتفاع قبل أن يكون قد نفذ ما وجب عليه . وكأن الأول يدعي مشروعية منعه شريكه مـــن الانتفاع وعدم مشروعية دعواه ؛ والذي يترتب عليه عدم جواز إجباره على التنفيذ قبل أن يقوم شريكه بتنفيذ ما عليه .

٥ــ سقوط نفقة الناشز .
وهـــذا تطبـــيق للقـــاعدة العامة بالدفع بعدم التنفيذ ؛ حيث أن الناشز هي الممتنعة عن الطاعة ، وتسليم النفس . وهذا التزام واجب عليها ناشئ عن عقد الزواج ، ارتبط به التزام آخر ، واجب على الزوج ، ناشئ عن ذات العقد .
وحيـــث قرر الفقهاء باتفاق أن الناشز لا نفقة لها . لا تعليل لذلك إلا أنها بامتناعها عن تنفيذ ما وجب عليها من التزام ثبت للزوج الامتناع عن الإنفاق . وعليه ثبت له حق إثارة ذلك بصورة دفع لدعواها المطالبة بالنفقة .

فهـــذة تطبيقات مما ذكره الفقهاء المسلمون . تدل على معالجتهم للدفع بعدم التنفيذ ، كقاعدة من خلال معالجتهم لفروع ظهر فيها مشروعية التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام[1] .

وعليه وحيث أن الدفع نوع من أنواع الجواب على الدعوى يتضمن طلب إقرار المتمسك به على موقفه ، وعدم إجباره على التنفيذ قبل أن يقوم مقابله بتنفيذ ما عليه من التزام .

---

[1] ــ ابن نجيم . البحر الرائق ج ٤ ص ٣٠٤ . ابن عابدين . حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ج ٧ ص ٢٩٢ / أنظر ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٢٧ / ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٨ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٣٤/ تبيين المسالك ج ٣ ص ٢٤١

وعلـــيه فالدفع بعدم تنفيذ الالتزام : الادعاء بمشروعية امتناع المدعى عليه عن تنفيذ ما وجب علـــيه مـــن التزام لعدم استحقاق ذلك عليه حالا استنادا إلى امتناع المدعي عن تنفيذ ما وجب عليه من التزام أو إخلاله به .

شرح التعريف :

الادعاء : لبيان أن الدفع دعوى .

بمشـــروعية امتـــناع المدعـــى عليه عن تنفيذ ما وجب عليه من التزام : بيان لمضمون الدفع وفحواه . فهو طلب إقرار امتناعه عن التنفيذ .

لعـــدم استحقاق ذلك عليه حالا استنادا إلى امتناع المدعي عن تنفيذ ما وجب عليه من التزام أو إخلالـــه به : بيان للسبب الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ وهو عدم صحة توجيه الدعوى إليه لعـــدم وجـــوب تنفـــيذ موضوعها عليه في الحال ، وذلك بسبب عدم تنفيذ المدعي لما عليه من التزام ، أو إخلاله به .

تعريف الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في القانون :

عرفه الدكتور الياس ناصيف بقوله (الدفع بعدم التنفيذ نظام قانوني مؤداه أنه في العقود المتبادلة يسوغ لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ الموجبات التي يفرضها عليه العقد ولو كانت حالة الأداء إلـــى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء موجباته المقابلة أو يعرض على الأقل أداءها ما دامت هذه الموجبات الأخيرة حالة الأداء بدورها)[1] .

وهـــنا نجد أن التعريف حصر الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الالتزامات الناشئة عن العقود فقط دون الالتزامات الناشئة عن الوقائع المادية ، وهذا قصر لمفهوم الدفع غير صحيح ؛ ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ يصح التمسك به في الالتزامات الناشئة عن العقود وفي الالتزامات الناشئة عن واقعة مادية

[1] ـــ الياس ناصيف . موسوعة العقود المدنية والتجارية ج ٧ ص ٣٤٥ ، وقد ذكر محله وحصره في العقود المتبادلة ، وذلك غير صحيح إذ القواعد العامة تشير إلى خلاف ما ذكر .

فهو امتناع مشروع عن الوفاء لامتناع الطرف الآخر عن الوفاء بشرط حلول الالتزام ، فهو في حقيقـــته امتناع لامتناع ، أي امتناع الخصم من تنفيذ ما طولب به لامتناع مطالبه عن تنفيذ ما وجب عليه .

المطلب الثاني : طبيعة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

الدفع بعدم التنفيذ جواب يصدر عن المدعى عليه ، يقصد منه إقرار امتناع المتمسك به عـــن تنفيذ ما عليه من التزام . معارضا المدعي في تنفيذ التزامه ، وطلب عدم إجباره على التنفيذ قبل تنفيذ مقابله .

وهـــذا الامتـــناع ، ما هو إلا وقف للتنفيذ . لا ينقضي به الالتزام [١]. فتمسك الزوج في دعـــوى النفقة المقامة بمواجهته بدفع النشوز استنادا إلى امتناع المدعية عن تنفيذ أحكام عقد الزواج حقيقته معارضة الرجل (المدعى عليه) للمرأة (المدعية) ليوقف تنفيذ ما تطلبه مـــن التزام محاولة لإجبارها على تنفيذ ما عليها من التزام فهذا الدفع لا ينهي الالتزام وكما يقال في عقد الزواج يقال في عقد الوديعة [٢] ويقال في الالتزامات الناشئة عن الالتقاط .

فالملـــتقط إذا قـــام بالإنفـــاق على اللقطة ما هو ضروري لحفظها ثبت له حق الامتناع عن تسليمها للمالك وله التمسك بهذا الامتناع بصورة دفع لدعوى المالك مطالبته إياه بتسليم العين الملـــتقطة . حتى يقوم المالك بالوفاء بما تم إنفاقه على اللقطة ، فالمنفق يعارض المالك في دعواه لحين وفاء المالك بما عليه من التزام[٣].

---

[1] ـــ إلا إذا كان للزمن أثر في ذلك .

[2] ـــ السرخسي . المبسوط ج ١١ ص ١٦٨ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٣ ص٨٥

[3] ـــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٦

والمـــودع لديـــه إذا أنفـــق على الوديعة ما هو ضروري لحفظ عينها أقر على امتناعه عن تسليمها لمالكها إلى أن يقوم بالوفاء له بما أنفق وانتفعت به الوديعة [1]، وله إثارة ذلك بصورة دفـــع لدعـــوى المدعي التسليم . معارضا المدعي في دعواه إلى أن يقوم بتنفيذ ما عليه من التزام تجاه المنفق ثبت له بمناسبة الوديعة وبسببها .

[1] ـــ السرخسي . المبسوط ج ١١ ص ١٦٨ / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٣٨٩ وأنظر كتاب النفقات ـــ الخصاف ص ٨٨ و الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٣ ص ٨٥ الإمام مالك . المدونة . ج ٧ ص ٢٣٧٦

طبيعة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في القانون .

تقدم أن القانونيين يقسمون الدفوع إلى ثلاثة أنواع [١].

أولها : الدفوع الشكلية . وهذه تتعلق بالاختصاص وإجراءات التحاكم

ثانيها : الدفوع الموضوعية . وهذه تتعلق بالموضوع ؛ أي ذات الحق موضوع الدعوى من حيث أصل قيامه ووجوده أو بزواله وانقضائه

ثالـثها : الدفع بعدم القبول . وهو دفع يوجه إلى الدعوى ، باعتبارها وسيلة لحماية الحق . كما هوالحال في التمسك بتخلف شرط من شروط الدعوى .

وعلى هذا فالدفع بعدم تنفيذ الالتزام عند القانونين لا يتعلق بالشكل ولا بصحة الخصومة فهو بناء على ما ذكر لا يعتبر دفعا شكليا .

ولفقهاء القانون أكثر من اتجاه في تحديد طبيعة هذا الدفع . أبينها فيما يلي :

الاتجاه الأول : أن الدفع بعدم التنفيذ هو دفع موضوعي .

فما يطلبه المدعى عليه ويرتجيه من دفعه عدم إصدار حكم عليه بناء على مشروعية امتناعه عن تنفيذ الالتزام موضوع الدعوى هو دفع موجه للموضوع . [٢]

---

[1] ــ بحث للدكتور محمد لبيب شنب ــ بعنوان كيفية استعمال الحق في الحبس منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ــ تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس ــ السنة العاشرة ــ يوليه ١٩٦٨م ــ العدد الثاني ص ٤٤٧

[2] وانظر في ذلك الناهي ــ صلاح الدين ــ الامتناع المشروع عن الوفاء ص ١٧٠ بند ١٧٧ / وأنظر الشواربي - عبد الحميد الدفوع المدنية ص٩١٣

ويعـــترض عليه بأن المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا ينكر حق خصمه الذي يطالب به ؛ بدليل أنـــه يطلب تنفيذ ما قابله من التزام . فهو مقر بأصل هذا الحق ، وبحجمه ولا يدعي زواله ولا انقضائه . فهو بهذا لا يعتبر دفعا موضوعيا [١] .

الاتجاه الثاني : أن الدفع بعدم التنفيذ هو دفع بعدم القبول .

فالمدعى عليه المتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام يدعي بأن مطالبة المدعي غير مشروعة ؛ ذلـــك أن مشــــروعيتها تتوقف على تنفيذه ما عليه من التزام أو استعداده لتنفيذه على الأقل . وهو بهذا كما لو دفع بعدم جواز رؤية الدعوى ـ المطالبة بالحق ـ بتعلق ذلك على شرط توقيفي[٢] .

الاتجـــاه الثالث :أن الدفع بعدم تنفيذ الالتزام هو تأجيلي ؛ بمعنى أن المدعى عليه المتمسك بـــالدفع يطلب عدم جواز إجباره على تنفيذ التزامه بالتسليم قبل أن يقوم خصمه بتنفيذ ماعليه من التزام . فهو بهذا يطلب تأجيل الحكم عليه إلى أن يقوم خصمه بالتنفيذ [٣].

هذه هي الاتجاهات القانونية في بيان طبيعة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في القانون

طبيعة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الفقه الإسلامي .

---

[1] ـ بحث للدكتور محمد لبيب شنب ـ بعنوان كيفية استعمال الحق في الحبس منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ـ تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس ـ السنة العاشرة ـ يوليه ١٩٦٨م ـ العدد الثاني ص ٤٤٨

[2] ـ البحث المشار إليه ونسبه للدكتور محمد العشماوي ـ قواعد المرافعات في القانونين الأهلي والمختلط ج ٢ ص ٢٠٥ طبعة عام ١٩٢٧

[3] ـ ـ بحث للدكتور محمد لبيب شنب ـ بعنوان كيفية استعمال الحق في الحبس منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ـ تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس ـ السنة العاشرة ـ يوليه ١٩٦٨م ـ العدد الثاني ص ٤٤٩

تقدم قريبا[1] أن ما يتمسك به الدافع بعدم تنفيذ الالتزام هو :

ــ الزعم بأن امتناعه عن تنفيذ ما وجب عليه من التزام هو امتناع مشروع .
ــ أن المدعي لا يحق له المطالبة قبل أن ينفذ ما عليه من التزام أو أن يكون مستعدا للتنفيذ على أدنى حال .

وبناء على ذلك فهو يطلب :

ــ إقراره على امتناعه قبل إقامة الدعوى وبعدها والحكم بمشروعيته .
ــ حفظ حقه بإلزام خصمه بالتنفيذ المقارن لتنفيذه أو رد عواه .
ــ الحكم بزوال الالتزام ؛ كأن يكون الزمن عنصرا مهما من عناصر الالتزام كما في الإجارة على المدة .

وبهذا فإن جميع ما يثيره المدعى عليه بهذه الصورة متعلق بالموضوع لا بالخصومة ، ولا بالشكل . ولا يخرج الدفع بعدم تنفيذ الالتزام عن قائمة الدفوع الموضوعية القول بأن المقصود من الدفع تأجيل إلزام المدعى عليه بتنفيذ ما عليه من التزام ، إلى أن ينفذ المدعي ما عليه من التزام ؛ ذلك أن الأجل من متعلقات الموضوع قطعا . هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ قد لا تقف غايته عند تأجيل إلزامه بالتنفذ بل قد يتجاوز إلى منع مطالبته بالتنفيذ نهائيا لزوال محل الالتزام كما هو الحال في الإجارة لمدة زمنية . فإذا لم ينفذ أحدهما ما عليه من التزام ، ثم طالب بالتنفيذ بعد مضي المدة ثبت للمدعى عليه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ؛ و له أن يدفع دعوى المدعي بأن هذا الأخير لم ينفذ ما عليه من التزام إلى أن مضت المدة ، فلا يجوز إجباره على التنفيذ . وهو بهذا دفع متعلق بالموضوع قطعا .

[1] ــ في المبحث المتعلق ببيان أنواع الدفوع في الفقه الإسلامي وفي التمهيد لبيان طبيعة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام

إلا أن ذلك لا يعني أن لا نجزم بجواز تنظيم الدفوع إلى أنواع بشكل عام . وتجزئة كل نوع مـــنها إلى قواعد عامة ينضوي تحتها طائفة من الدفوع . كأن نقول الدفوع التي يقصد منها إبطال الحق قبل قيامه ــ فهذه دفوع موضوعية قطعا إلا أن إطلاق هذه الاسم عليها لا يعيب التقسيم الفقهي .

وكذلـــك أن نقــول : الدفوع التي تتعلق بقضاء الحق بعد قيامه . ومنها التنفيذ المباشر ومنها الإبـــراء بنوعـــيه ؛ الاستيفاء والإسقاط ، ومنها الحوالة . فالدفع بهذه الدفوع وتفريع قواعد عامة من النوع الأصل ــ الدفوع الموضوعية ــ . محاولة لبيان الأحكام الخاصة بكل طائفة مـــنها ؛ ذلك أن أحكام الدفوع الموضوعية تختلف من دفع إلى آخر وإن كان يجمعها جميعا تعلقها بالموضوع لا بالخصومة ولا بالشكل . بل إن الدفع بعدم التنفيذ ذاته ليس دفعا مفردا . بـــل هو قاعدة عامة وعنوان لقائمة يدخل تحتها كثير من الدفوع منها الدفع بالنشوز ، والدفع بالحبس ، والدفع بانشغال الذمة في كثير من صوره .

المطلب الثالث :

العلاقة بين الدفع بعدم تنفيذ الالتزام والدفع باستحقاق الفسخ .

تعريف الفسخ :

الفسخ في اللغة : النقض والإزالة[1].

في الاصطلاح :

اتفق الفقهاء على أن الفسخ إنهاء للرابطة العقدية وحل لها لذلك تقاربت عباراتهم في تعريف الفسخ من ذلك ، تعريف ابن نجم الحنفي قوله : (حل ارتباط العقد)[2]

وعــرفه العز بن عبد السلام بقوله (الفسخ هو تراد العوضين أو رد أحدهما في مقابله قيمة الاخر)[3]

فرد كل عوض الى صاحبه يقتضي زوال الالتزام ؛ ذلك أن الالتزام القائم ينقضي بتمليك كل منهما ما له للآخر .

حقيقة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام أنه زعم بمشروعية الامتناع عن الوفاء و مطالبة بإقرار وقف تنفيذ الالتزام . ويستثمر هذا الامتناع ــ حال كونه امتناعا مشروعاــ بصورة دفع بعدم تنفيذ الالــتزام اســتنادا إلـــى إخلال الطرف المقابل وامتناعه عن تنفيذ ما عليه من التزام تنفيذا صحيحا معتبرا .

وجــه الاتفاق بين الدفع بعدم التنفيذ والدفع باستحقاق الفسخ أن الدفع بعدم التنفيذ ناتج عن إخــلال الطرف الآخر في الالتزام كما هو الحال بالنسبة للدفع باستحقاق الفسخ في كثير من الأحوال .

---

[1] ــ ابن منظور . لسان العرب باب الخاء فصل الفاء ترتيب القاموس مادة فسخ ج ٣ ص ٤٥ – المعجم الوسيط ج٢ ص ٦٤٩ أنظر معجم مقاييس اللغة ج٤ ص ٥٠٣–المصباح ج٢ ص ٤٧٢

[2] ــ ابن نجم . الاشباه والنظائر ص ٣٣٨ / السيوطي . الاشباه والنظائر – ص ٣١٣

[3] ــ العز بن عبد السلام . قواعد الأحكام في مصالح الانام ج٢ ص٨٢

فالدفع بعدم التنفيذ ادعاء بمشروعية وقف تنفيذ العقد لإخلال الطرف الآخر وعدم مشروعية مطالبــته القائمــة ، يتضمن طلب رفض الحكم للمدعي في الدعوى الأصلية أو تأجيله أو إصدار حكم للمدعي يحفظ حق و مصلحة المدعى عليه ــ المتمسك بالدفع ــ بإلزام المدعي بتنفــيذ ما عليه من حق للمدعى عليه وكذلك الدفع باستحقاق الفسخ ادعاء بعدم مشروعية مطالــبة المدعي على اعتبار استحقاق فسخ مصدر الالتزام . ومن أسباب واستحقاق الفسخ إخلال الطرف الآخر في تنفيذ الالتزام المترتب عليه .

أوجه الاختلاف .

يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الدفع باستحقاق الفسخ من حيث :

أولا : أثر موضوع كل منهما على الالتزام وعلى نتيجة الدعوى حال استخدامه دفعا لها .

ثانيا : الكيفية التي يتم بها التمسك بالدفع في كل منهما.

ثالثا : نطاق كل منهما .

وسأتناول بالبحث هذه الأوجه حسب الآتي .

أولا : أثر موضوع كل منهما على الالتزام وعلى نتيجة الدعوى حال استخدامه دفعا لها .

الفسخ وسيلة من الوسائل التي ينقضي بها الالتزام ويؤدي الى زوال الرابطة العقدية وانتهائها ، يستفاد ذلك عبارات الفقهاء في بيانهم لحقيقة الفسخ من ذلك قولهم (ان الفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه)[1]

وبالفسخ يعودالحال الى ما كان عليه قبل وجود سبب الالتزام وبهذا تزول الرابطة العقدية .

---

[1] الزركشي . المنثور في القواعد . ج٣ ص ٤٢

والدفـــع باستحقاق الفسخ ، ادعاء باستحقاق الرابطة العقدية للإزالة والعودة بالطرفين إلى الحال التي كانا عليها قبل قيام سبب الالتزام .
أما حال ثبوته فيجب رد دعوى المدعي ردا نهائيا بحيث لا يتمكن من تجديد المطالبة إلا بتجديد سبب الالتزام .
أمـــا موضـــوع الدفـــع بعدم التنفيذ ــ الامتناع عن الوفاء ــ فإنه لا يعدو وقفا لتنفيذ العقد لمدة محدودة تنتهي بأحد أمرين :-

الأمر الأول : الفسخ وإنهاء الرابطة

الأمر الثاني : تنفيذ الالتزام .

والدفع به ادعاء بمشروعية الامتناع عن التنفيذ وطلب أقرار المتمسك به على موقفه بوقفه تنفيذ الالـــتزام وعدم إجباره على تنفيذ الالتزام المترتب عليه للطرف المقابل قبل أن يقوم هذا الأخير بتنفـــيذ مـــا عليه من التزام . وفي حال ثبوته فإن الحكم الصادر بالرد[1] لا يمنع من تجديد إقامة الدعـــوى والمطالـــبة بالتنفـــيذ حال زوال المستند للتمسك بالدفع إلا إذا كان الزمن أحد عناصر الالتزام .
وبهـــذا فهـــو وسيلة إجبار للطرف الآخر وحث له على تنفيذ ما ترتب عليه من التزام تجاه المتمسك بالدفع . فهو بهذا الاعتبار وسيلة لإنهاء الالتزام عن طريق تنفيذه لا حله .

فامتـــناع العامل عن القيام بالعمل لحين استيفاء الأجرة المعجلة وسيلة لإجبار رب العمل على الوفاء بما للأجير عنده لا وسيلة للتخلص من الالتزام وحله .
فمـــا قـــام به العامل من تمسكه بالدفع وامتناعه عن تنفيذ التزامه إجراء تحفظي ليس إلا حماية للمصالح وإجبار للطرف المقابل على التنفيذ .

---

[1] ــ سيأتي خلال بحث أثر الدفع بعدم تنفيذ الالتزام على الدعوى المنظورة مزيد توضيح وبيان لمضمون الحكم الصادر بناء على ثبوت الدفع .

كذلك فإن الدفع بعدم التنفيذ يستخدم وسيلة للحيلولة دون استخدام الدفع باستحقاق الفسخ ، فالامتــناع عن الوفاء غالبا إما أن يكون مرحلة سابقة علىالفسخ حال رغبة المتمسك بــالدفع الحفاظ على الالتزام وتنفيذه ، فللمطالب بالتنفيذ استخدام الدفع كوسيلة مشروعة لمعارضة الطرف المقابل سواء منح الأول الحق في فسخ العقد وإنهاء الالتزام أم لا .

فالــبائع إذا طالـــبه المشتري بالمبيع حال عدم وفائه بالثمن وإعساره يثبت للبائع حق التمسك بالدفع أو المطالبة بالفسخ ، ولا شك أن تمسكه بالدفع أقل خطرا على العقد من الفسخ .

ثانيا :من حيث كيفية التمسك بالدفع في كل منهما.

اولا : الفسخ باعتباره إنهاء للالتزام والرابطة العقدية يحتاج أحيانا إلى دعوى للحصول على قـــرار قضـــائي لفسخ الرابطة فهو بهذا لا يزول بإرادة منفردة في الغالب وبعرض الطلب أمام المحكمة التي بدورها تقرر مشروعية الفسخ من عدمه ذلك أن لها قبول الدعوى وإصدار الحكم بالفســخ ولهـــا رد طلب المدعي ، ولا يملك المطالب بالفسخ التحلل من آثاره بإرادة منفردة في الغالب فالبائع لا يملك فسخ عقد البيع بإرادته المنفردة دون اللجوء إلى القضاء.
فهذه الحماية القضائية المتمثلة في صورة دعوى لفسخ العقد أمر لازم في أحيان كثيرة للوصول الى إنهاء الرابطة العقدية .

أمـــا الدفـــع بعـــدم التنفيذ فأصله امتناع عن الوفاء ومعارضةالطرف المقابل المطالب بالتنفيذ استنادا إلى إخلاله بالالتزام . وهذا الامتناع بحد ذاته سلوك سلبي لا يحتاج إلى دعوى مستقلة لحمايـــته وإقراره . ذلك أن تقديره متروك للمتمسك به . فالمتمسك به مدعى عليه في المطالبة بالتنفـــيذ ، و سلوك المتمسك به بصورة الامتناع ووقف تنفيذ الإلتزام سابق على المحاكمة و إثارته خلال المحاكمة لا تعدو تصميما على موقف سابق متمثل في الامتناع عن التنفيذ ويأتي دور المحكمة بعد إثارته لإقراره أو منعه.
فالمـــرأة في دفعها لدعوى الطاعة بعدم تنفيذ الزوج الإلتزام المترتب عليه والمتمثل في الوفاء بمعجـــل المهـــر وامتـــناعها عن تنفيذ أحكام العقد سلوك سلبي لا يحتاج الى إذن من المحكمة وإثارتـــه بصـــورة دفع لا تعدو التنبيه إلى وجوب رفض طلب المدعي لكونه لم ينفذ ما وجب

علـيه مـن الـتزام بعد ، وبطرح هذا الدفع أمام المحكمة ياتي دورها في التحقق من صحته وبالتالي إقراره وإصدار الحكم بناء على ذلك ، أو منعه وردالدفع والحكم للمدعي وفق دعواه .

ثانـيا : الدفـع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلى إعذار الطرف الأخر . ذلك انه مستند إلى امتناع او إخـلال الطرف المطالب بما عليه من التزام تجاه المتمسك بالدفع. وحقيقة الدفع قائم على أنه امتناع لامتناع ، فلا يحتاج إلى إعذار الطرف المثار بمواجهته الدفع . ذلك أن الامتناع عن الوفـاء معارضـة للمدعي محاولة لإجباره على تنفيذ ما عليه من التزام ، يعتبر بذاته سلوكا مـنذرا للطرف المقابل وبه إعذار كاف للمدعي بوجوب تنفيذ ما عليه من التزام تجاه المدعى علـيه . فامتـناع المؤجـر عن تسليم المستاجر للعين المؤجرة استنادا إلى إخلال المستأجر بالـتزامه متمثلا بعدم الوفاء بالأجرة المعجلة لا يحتاج إلى إعذار مسبق من قبل المؤجر ذلك أن سـلوكه المتمـثل فـي امتناعه عن تسليم محل العقد إعذار كاف للمستأجر بوجوب الوفاء بالالتزام المترتب عليه أولا .

أمـا طلـب الفسخ فلا بد من إعذار الطرف الأخر في بعض الأحيان ، ليعتبر وينتج أثره ، لأن الفسخ إزالة للرابطة العقدية وقد يلحق الطرف المقابل ضرر من هذه الإزالة ، فكان لا بد من إعذاره ليتدارك الأمر إن أمكن . ومن ذلك ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية في دعوى فسخ عقد الزواج للعجز عن الإنفاق حيث اشترط إعذار الزوج قبل إصدار الحكم بالفسخ وإنهاء الـرابطة الزوجية بين الطرفين . بهذا نرى أن الطرق التي يسلكها المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وموقف القاضي منه وإصدار الحكم بناء عليه فيه اختلاف عن موقف القاضي من دعوى الفسخ وإصدار الحكم بناء على ذلك .

ثالثا: من حيث النطاق بالنسبة إلى كل من الدفع بعدم تنفيذ الالتزام والدفع باستحقاق الفسخ .

يقـوم الدفـع بعدم التنفيذ على شرط التقابل بين الالتزامات بحيث يكون كل من الطرفين دائنا ومديـنا بـذات الوقت ويشمل الالتزامات التي تنشأ عن الروابط والعلاقات القانونية والمادية فـنجد أنه يستخدم في الروابط العقدية مثل البيع والإجارة وكذلك في الروابط المادية سواء كانت روابط مادية بحته كاللقطة – والغصب والإنفاق على المال المشترك ــ أم كانت روابط مادية

ناشـــئة بمناســـبة رابطة معنوية كما هو الحال في دفع الوكيل ثمن المبيع من ماله وامتناعه عن تسليم المبيع الى الموكل إلى أن يستوفي ما عليه من التزام .

امـــا الفسخ فهو يقتصر على الالتزامات التي تنشأ عن الروابط والعلاقات العقدية فقط . فنطاقه أضـــيق مـــن هـــذا الجانب ، حيث لا يتصور المطالبة في الفسخ إلا في العقود سواء كانت هذه العقـــود ثنائـــية الإرادة أم فردية الإرادة . ولا محل لاستخدام الفسخ في الالتزامات الناشئة عن الـــروابط المادية . فاللقطة والإنفاق عليها يشكلان التزامين متقابلين على المالك والمنتفع . لا يتصور فيها المطالبة بالفسخ وذلك أن أصل الالتزام هنا لا محل لاستخدام الفسخ فيه .

المطلب الرابع : العلاقة بين الدفع بعدم تنفيذ الالتزام والدفع بالمقاصة .

المقاصة في اللغة :

قاص قصاصا ومقاصة ، وأوقع به القصاص : جازاه وفعل به مثل ما فعل ، وقاص الرجل بما كـــان له مـــثله وحـــبس عنه مثله ، وتقاص القوم : قاص كل واحد منهم صاحبه في حساب أو غيره [١].

وقاصه مقاصة : كان له عليه دين مثل ما على صاحبه فجعل الدين في مقابلة الدين[٢] .

اما في الاصطلاح فقد عرفها البعض بقوله :

وحقيقتها ـــــ أي المقاصة ـــــ متاركة مدينين[٣] .

يتفق الامتناع عن تنفيذ الالتزام مع المقاصة ، والتمسك بهما بصورة دفع للدعوى ، من حيث بعض الشروط الواجب توافرها في كل منهما ، ويظهر ذلك في شرطين .

---

[1] ــ المنجد ص ٦٣١

[2] ــ المعجم الوسيط ج ٢ ص ٧٤٦

[3] ــ الصاوي . بلغة السالك. ج ٣ ص ١٨٦

الأول : شرط التقابل بين الالتزامات .

ومضـــمون هذا الشرط كما سيأتي أن يكون كل واحد من طرفي الالتزام دائنا ومدينا في آن واحـــد فـــيكون الطرف الأول ملزما وملتزما له كما هو حال الطرف الثاني ودون أدنى اعتبار لحجم الالتزام، أو مقداره وتعبير المالكية، يدل على ذلك ، حيث عبروا عن المقاصة بالمتاركة [1]، والمـــتاركة لا تكون إلا من طرفين ، وهو ذاته الأساس المنطقي للدفع بعدم تنفيذ الالتزام — حـــال التمسك بالامتناع عن التنفيذ بصورة دفع — إذ لا يتصور الدفع بعدم التنفيذ إلا في علاقة يكون كل طرف فيها مجبرا على أداء ، ويجب له أداء بلا انفكاك .

الثاني : كلاهما يشترط له ليكون معتبرا شرعا ، أن لا يسبب إضرارا بالغير أثناء التمسك به ، أي بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، أو الدفع بالمقاصة .

فقد منع الفقهاء المقاصة ما بين الدين الواجب في ذمة شخص ، والنفقة الواجبة له على الدائن ، وحيـث منعت ؛ منع الدفع بها ؛ ذلك أن المقاصة في هذه الحالة تسبب إضرارا بأحد الطرفين، فيكون مانعا من استخدام المقاصـة ؛ لأنها شرعت للوفاء بالالتزامات واستيفائها ، لا لتكون خطرا يهـــدد الغـــير . وهو ما يقال بالنسبة للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، فلا يحق لرب العمل إذا تقرر استمرار العقد أن يمتنع عن الوفاء بالنفقات اللازمة للعامل ومن يعيل ، بحجة استيفاء ما له من حق عند العامل ، ناتج عن إتلاف العامل بعض آلات العمل ، أو إضراره بها ؛ ذلك أن الدفع بعـــدم التنفيذ شرع وسيلة للإجبار على الوفاء ، لا لإلحاق الضرر بالغير[2] . فالمتمسك بالدفع بهذا الشكل يكون متعسفا باستخدام حقه ، والتعسف مانع من استخدام الدفع بعدم التنفيذ .

وهذا ما أخذ به قانون التنفيذ المؤقت رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢م حيث جاء في المادة ٣١ منه فقرة ب ما نصه :

(لا يجوز الحجز على ما يتقاضاه الموظفون والمستخدمون والمتقاعدون والعمال إلا بمقدار ثلث مجموع ما يتقاضونه باستثناء النفقة المقررة) .

---

[1] ــ الصاوي . بلغة السالك. ج ٣ ص ١٨٦

[2] ــ ابن قدامة . المغني . ج ٢ ص ٢٢٤ / الدردير . الشرح الصغير ج ٣ ص ٣٦٨

والحجز ، حبس لما تحت اليد وامتناع عن تسليمه .
ومســـتند هذا الشرط القاعدة الفقهية المستفادة من قول الرسول صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار)[١].

هذا من حيث التوافق ما بين الدفع بعدم تنفيذ الالتزام والدفع بالمقاصة .

أمـــا أوجه الاختلاف بينهما ، فتتمثل بالاختلاف من حيث التكييف الفقهي ، والقانوني لموضوع كل منهما ، والأثر المترتب على الدفع به .

أولا : إن المقاصــــة تعتــبر طريقا من طرق انقضاء الالتزام وزواله فهي تنفيذ بقدر الأقل من الالتزامين فينقضي من الالتزامين بقدر الأقل منهما سواء اعتبرنا المقاصة قضاء للالتزام ووفاء به كما ذهب إلى ذلك فقهاء الحنفية [٢] وبعض المالكية[٣] ، والإمام الشافعي[٤]، أم اعتبرناها إسقاطا للالـــتزام كما ذهب إلى ذلك الحنابلة[٥] وبعض المالكية[٦] ، وبعض الشافعية [٧] ويترتب على ذلك

[1] ــ تخريج الحديث ــ الموطأ باب القضاء في المرفق ج ٢ ص ٧٤٥ رقم الحديث ١٤٢٩ / ابن ما جة ــ باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ج ٢ ص ٧٨٤ رقم الحديث ٢٩٤١

[2] ــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ٥٦٤

[3] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٢٧ الصاوي . بلغة السالك. ج ٣ ص ١٠٤ (...... إن المقاصة انقضاء الدين)

[4] ــ الشافعي . الأم . ج ٨ ص ٦٩ طبعة دار الفكر

[5] ــ المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ٥ ص ١٠٤ (........ فالصحيح في المذهب أنهما ـــ الدينان ـــ يتساقطان أو يسقط من الأكثر قدر الأقل مطلقا)

[6] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج٣ ٢٢٧ (...... اسقاط مالك من دين على غريمك نظير ما له عليك)

[7] ــ العزيز شرح الوجيز ج ١٣ ص ٥٣٨ (...... أنه إذا رضي أحدهما بالمقاصة كفى وسقط الدينان لأن من عليه يؤديه من حيث شاء)

الحكــم ببراءة الذمم بقدر الساقط أو المقضي من الالتزامين ، وهذا الانقضاء قد يكون كليا وقد يكون جزئيا.

علــى أن الحنفــية قــالوا أن ما يسقط هو المطالبة لا أصل الدين[1]، وذلك مبني على قولهم باســتحالة قبض الديون حيث أنها ـــ أي الديون ـ أوصاف في الذمم فلا تقبض ، وما يقبض هو البدل . وعليه فالدفع بها ادعاء بعدم مشروعية المطالبة لانقضاء الالتزام .

أمـــا الامتـــناع عـــن تنفيذ الالتزام فما هو إلا مجرد وقف لتنفيذ الالتزام مرحليا لا أكثر سعيا لإجـــبار الطـــرف الآخر على تنفيذ ما وجب عليه من التزام فالتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام يدعي مشروعية الامتناع وعدم مشروعية المطالبة لعدم جواز إجباره على التنفيذ قبل الطرف المقـــابل وبهذا فإن الامتناع عن التنفيذ بهذه الصورة لا ينقضي به الالتزام ولا يزول بل يبقى الالتزامان قائمان ولكل من الطرفين المطالبة بالتنفيذ هذا من جهة .
ومن جهة أخرى فإن المقاصة كوسيلة وطريقة لانقضاء الالتزام تشكل عملا إيجابيا ولو حكما ؛ ذلـــك أنهـــا تكون باستيفاء ما لك مما عليك أما الدفع بعدم التنفيذ فهو وإن كان عملا إيجابيا من حيث إثارته أمام المحكمة إلا أن الامتناع عن التنفيذ لا يشكل إلا عملا سلبيا فالممتنع عن التنفيذ لا يقوم بأي عمل إيجابي .

ثانيا : إن المقاصة ـــ موضوع الدفع ـــ في الغالب تكون بين دين ودين أو دين وعين أو بين الأعـــيان بعضها ببعض على اختلاف الفقهاء في ذلك فمحل المقاصة من هذا الجانب يكون بين الالتزامات الواجب أداؤها واستيفاؤها بوصفها إما ديونا أو أعيانا .

أما الامتناع ـــ موضوع الدفع ـــ فهو أعم من حيث موضوع الالتزام فقد يكون الالتزام الممتنع عـــن تنفـــيذه والمستند إليه في إثارة الدفع قد يكون امتناعا عن وفاء بدين وقد يكون امتناعا عن تســـليم عيـــن مـــن الأعيان أو امتناعا عن القيام بعمل ، وهذا الالتزام إذا كان عملا وجب على الملتزم القيام به هو موضوع الالتزام فإنه بهذه الصورة لا يكون محلا صالحا للمقاصة بذاته لأنه

---

[1] ـــ الزرقا . المدخل الفقهي العام ج٤ ص ٢٦٣

أداء وبها يظهر أن مجال التمسك بالدفع بعدم التنفيذ أعم من المقاصة من حيث موضوع الالتزام محل كل منهما وقد نص الحنفية على ذلك نصا صريحا حيث ورد في رد المحتار قوله (لو كان للمودع على صاحب الوديعة من جنسها لم تصر قصاصا به إلا إذا اتفقا عليه وكانت في يده أو رجع إلى أهله فأخذها والمغصوب كالوديعة)[١] .

ثالثا : أن المتمسك بالدفع بالمقاصة يشير إلى ما يؤول إليه الحال بعد انقضاء الالتزام من أن كلا من الطرفين يملك ما في يده ولا تعود ذمته مشغولة للآخر بما هو في يد هذا الأخير فإذا تمت المقاصة بين طرفين لأحدهما مبلغ مائة دينار مثلا وللأخر خمسون يملك المدين بالمائة الخمسين ويملك المدين بالخمسين مثلها فينقضي من ذمة كل منهما من مقدار الدين بالمقدار الأقل وتبرأ ذمة كل منهما بقدر الأقل من الدينين من هذا الجانب ولا يملك أي منهما مطالبة الأخر بهذا المبلغ المنقضي إذا تمت هذه المقاصة صحيحة سواء أكانت اختيارية أم جبرية ذلك أن كل منهما ملك مما تحت يده بقدر الأقل من الدينين وبرئت ذمته بقدر ما ملك .

أما الدفع بعدم التنفيذ فإن المتمسك به يقر بأن الملك للالتزامين باق على ما هو عليه قبل استخدام الدفع ولا ينتقل . فحكم عقد البيع اللزوم وانتقال الملك في البدلين تم بمجرد العقد ، إذا صدر صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه إلا أن امتناع البائع عن التسليم وتمسكه بالدفع لا يعني ملكيته لما تحت يده وهذا نابع من الفلسفة التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ فلا يكون للدفع بعدم التنفيذ ادنى أثر على الالتزام من هذا الجانب ذلك أن الدفع وسيلة لإلزام الطرف المقابل بالوفاء بما عليه من واجب وكذلك يقال في الالتزامات المتقابلة الناتجة عن واقعة مادية كاللقطة[٢] ، فالمنفق على اللقطة يترتب له التزام تجاه المالك متمثلا بوجوب رد ما أنفق ، وعلى المنفق التزام بتسليم اللقطة وكون اللقطة تحت يد الملتقط لا يكون سببا لملكية عينها كما هو الحال بالنسبة للمالك فهو لا يملك ما شغلت به ذمته ولم يوفه بعد .

---

[1] ــ السرخسي . المبسوط ج ١١ ص ١٢٨ / وانظر ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ٥٦٥

[2] ــ السرخسي . المبسوط ج ١١ ص ١١ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٦ ص ٤٣٣ الخرشي . حاشية الخرشي . ج ٧ ص ١٢٨ الإمام مالك . المدونة . ج ٧ ص ٢٣٩١

رابعـــا : أن الأصل في المقاصة ــ موضوع الدفع ــ أن تقوم على انتصاف الشخص لنفسه ، وهو انتصاف لا حرج فيه مقر شرعا .

قال تعالى : (يا أيها اللذين آمنوا أوفوا بالعقود)[١]

وقال تعالى : (وتعاونوا على البر والتقوى) [٢]

ومن السنة حديث الرسول عليه الصلاة والسلام :

(الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلي الذي يركب ويشرب النفقة)[٣].

وجـــه الاستدلال أن الآية الكريمة أمرت بالوفاء بالعقود وهي شاملة للالتزام وأمر للمسلم بالوفاء بكـــل حـــق علـــيه تجاه الآخرين وما المقاصة إلا نظام لاستيفاء ووفاء الحقوق فأقرها الشرع ، فالوفاء بالحق من البر المأمور به في الشرع .

أما الحديث فقد جعل نفقة الظهر بدل منفعة الركوب والشرب فالراكب وجب عليه الحق في النفقة فاستوفى حقه بالركوب فجعلت منفعة المرهون بدل ما أنفق وهذا هو استيفاء الإنسان حقه بنفسه فكان في هذه الصورة مأذونا شرعا.

---

[1] ــ المائدة آية رقم ١

[2] ــ المائدة آية رقم ٢

[3] ــ تخريج الحديث ــ البخاري باب الرهن مركوب محلوب ج ٢ ص ٨٨٨ رقم الحديث ٢٣٧٧ / ابن ماجه ــ باب الرهن مركوب محلوب ج ٢ ص ٨١٦ رقم الحديث ٢٤٤٠ / أنظر الترمذي ــ باب ما جاء في الانتفاع بالرهن ج ٣ ص ٥٥٥ رقم الحديث ١٢٥٤ -- أنظر المقاصة ــ سهاد رواشدة ص ١٨

أما الممتنع عن الوفاء فإنه لا يستوفي حق نفسه بل يسعى بامتناعه عن تنفيذ ما وجب عليه من الــتزام لإلــزام الطرف المقابل على الوفاء وإن كان أحيانا يتسع الأمر إلى حد ما نص عليه الإمام السرخسي في مبسوطه حيث قال (إذا جحد المستودع ما عنده من الوديعة ثم أودع من ماله عند المودع مثل ذلك وسعه أمساكه قصاصا بما ذهب به من وديعته لأن المال صار دينا له على المستودع بجحوده) [1]

خامســا : في المقاصة ــ موضوع الدفع ــ تنقضي الضمانات والتأمينات فلا يبقى لها أثر في الغالــب (بحسب نسبة المنقضي من الالتزام وطبيعة الضمان) ؛ ذلك أن أصل الحق المضمون به قد انقضى فلا موجب لإبقاء الضمان أو التأمين سواء كانت هذه الضمانات كفالة أم رهنا على اعتبار ارتباطها بأصل الحق فتبقى قائمة حال قيامه أما إذا زال وانقضى فلا حاجة لبقائها وذلك أنهــا تابعــة لأصــل انقضى التابع وهو مقتضى القاعدة الفقهية (التابع تابع) [2] . فلا تجتمع المقاصة والضمانات .

أمــا الامتــناع عــن تنفيذ الالتزام فالأصل فيه أن لا أثر للضمان رهنا كان أم كفالة على إنهاء وزوال حالــة الامتــناع عن التنفيذ المستند إليه في إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بل قد يتعدى الأمــر إلــى اجتماع الضمان والامتناع عن الوفاء ذلك أن الأساس الذي يقوم عليه الامتناع عن الوفاء واستخدامه كدفع في الدعوى الحقوقية ما هو إلا وسيلة لضمان الحق وهذا هو المعنى ذاته الموجود في الضمان فلا يزيل أحدهما الآخر بل قد يجتمعان [3] ، فهو بهذا يختلف عن المقاصة.

هــذا إضافة إلى أن الحكم الصادر بناء على المقاصة يختلف عن الحكم الصادر بناء على الدفع بعــدم تنفــيذ الالتزام ؛ ذلك أن المقاصة كما تقدم تعد طريقا من طرق انقضاء الالتزام ، وحيث انقضــى الالتزام فلا مجال للمطالبة به إلا إذا تجدد بتجديد سببه . بخلاف الامتناع عن التنفيذ ؛

---

1 ــ السرخسي . المبسوط ج ١١ ص ١٢٨

2 ــ السيوطي . الأشباه والنظائر ص ١١٧

3 ــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧

حيث يبقى الالتزامان على حالهما ويصح بناء على ذلك تجديد المطالبة بتنفيذ ذات الالتزام دون تجديد سببه إذا زال مستند التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام [1].

[1] ـ إلا إذا كان للزمن أثر في الالتزام .

المبحث الثاني

الأسس التي يقوم عليها الدفع بعدم تنفيذ الالتزام

وفيه

المطلب الأول : الارتباط بين الالتزامات .

المطلب الثاني : المساواة والعدل .

المطلب الثالث : وسيلة لضمان التنفيذ من الطرف المقابل .

المطلب الأول : الارتباط بين الالتزامات :

نســتنتج الأســاس الــذي يقــوم عليه الدفع بعدم التنفيذ من خلال ما علل به الفقهاء المسلمون مشــروعية الحــق فــي إثــارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام خلال بحثهم للمسائل المختلفة في فقه المعــاملات . ونجد من خلال التتبع لبعض ما ذكروه أنهم في الإجارة أجازوا للمستأجر حبس العين [1] المستأجرة إذا فسخت الإجارة حال كونها مستأجرة بدين للمستأجر على المؤجر أما إذا كانــت قد انقضت الإجارة فلا يحبس المستأجر العين المستأجرة بما له من مال في ذمة المؤجر ـــ عند الحنفية ـــ لأنه لا تداخل بينهما في هذه الحالة ؛ ذلك أن المستأجر وفى بما هو مقابل لما سيقوم باستيفائه . فالأجرة مقابل المنفعة ــ فالرابط القائم بين ما يعادل بدل منفعة العين المســتأجرة مــن حجم الدين والمنفعة ذاتها هو العقد ، ولا يزول أثره بالنسبة لاستحقاق الحبس بــزواله ؛ ذلك أن أصل العلاقة ناشئة عنه . أما في حالة انقضاء عقد الإجارة باستيفاء كامل المــنفعة فإن آثار العقد تكون قد زالت ، والالتزامات الناشئة عنه قد استوفيت ، فلم يبق رابط بيــن باقي الدين الذي لم يرد عليه عقد ، وبين العين ــ التي لم تعد مستأجرة ــ فلم يعد هناك علاقة بين ما يشغل ذمة المدين (المؤجر) والعين محل العقد المنقضي بالاستيفاء.

فالمبدأ الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ هو أن هناك واقعة عقدية كانت أم مادية ولدت التزاما علــى طرفين كان كل واحد منهما دائنا للآخر ومدينا له في الوقت نفسه فوجب له حق ووجب عليه حق .

وهــذه الواقعــة هي التي تمثل العلاقة فيما بين هذين الالتزامين الواجبي الأداء على الطرفين فسببها ارتباط كل واحد من الطرفين بالآخر من حيث الالتزام الواجب له والواجب عليه .

---

[1] ــ الشرح الكبير ج ٤ ص ١٥ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ١٠٠ / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ١٦٤ / السنهوري . الوسيط ج ١ ص ٧٣٨

أنظــر ما يدل على قيام الرابطة ما بين الالتزامات ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص٢٣٧ / مواهب الجلــيل ج ٦ ص ٤١٦ / الدســوقي . حاشــية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٨ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٥ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٥ ص ٣٠٨.

المطلب الثاني : المساواة :

في الشريعة الإسلامية يجب على المكلف القيام بما عليه من نفسه ابتداء والقاعدة العامة في تنفـيذ الالتزامات المتقابلة في الأصل المناجزة ، أي الوفاء والاستيفاء ، التسلم والتسليم في آن معا دون تفضيل أحد طرفي الالتزام على الآخر تحقيقا لمبدأ المساواة والعدالة ، ففي الالتزامات المترتبة على الطرفين ولهما في الوقت نفسه ، تثبت المطالبة بذات الوقت الذي يجب فيه الأداء وهـذا هـو الأصل العام في عقود المعاوضات في التشريع الإسلامي فليس أحد الطرفين أولى بالإنصاف والانتصاف من الآخر [١].

وكمـا أسـلفت فهـذه المساواة في الفقه الإسلامي بين طرفي الالتزام ووجوب العدل بينهما موجـبة لانعدام الفاصل الزمني ــ في بعض الأحيان[٢] ــ بين تنفيذ الملتزم واستيفاء ما له من حق .

قال في بدائع الصنائع :

(إن للـبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن إذا كان حالا وليس للمشتري أن يمتنع عن تسـليم الثمـن إلـى الـبائع حتى يقبض المبيع إذا كان المبيع حاضرا لأن البيع عقد معاوضة والمساواة في العقود مطلوبة المتعاوضين عادة)[٣] .

---

[1] الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٦ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٥ الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٥ ص ٣٠٨ أنظر الامتناع المشروع عن الوفاء ــ صلاح الدين الناهي ص ٣٧٤ أنظرابن رجب . تقرير القواعد . ج ١ ص ٣٥٠

[2] ــ كما في بيع العين بالعين حيث يجب عليهما التسليم معا أنظر في ذلك الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٢٨ و ٢٤٤ / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٣ ص ٧٥ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٥ ص ٣٠٩ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١ / الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٣

[3] ـــــــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣٧

قـال في الحاوي : (.... إن الحاكم يجبر البائع على تسليم المبيع إلى المشتري أولا فإذا سـلمه أجـبر المشتري على تسليم الثمن إليه و وجه هذا القول أن استقرار العقد معنى بوجود القبض فوجب إجبار البائع ليستقر العقد ولأن البائع يقدر على التصرف في الثمن قبل قبضه .. .. والمشتري لا يقدر على ذلك في المبيع فأجبر البائع عليه ليتساويا فيه[1]).

ولا يقدح في هذا المبدأ ما قرره الفقهاء المسلمون من وجوب التنفيذ أولا على أحد الطرفين ـــ علـى خلاف بينهم ـــ فالقول بأن ما ذهب إليه الفقهاء في هذا الأمر يقدح في اعتبار المساواة أساسـا يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ الالتزام هو فهم قاصر معيب بدليل ما عبر به الفقهاء أنفسهم مـن أن القـول بوجـوب تقديم أحد الطرفين هو تحقيق لمبدأ المساواة[2] ويستفاد ذلك من خلال عباراتهم الصريحة وتعليلهم لهذه التبدئة ومن ذلك .

---

[1] ـــ الماوردي . الحاوي الكبير . ج ٥ ص ٣٠٨

[2] ـ لا يتوهم من تعليل الفقهاء لقيام الحق في الحبس بالمساواة أنهم يقصدون انعدام الفاصل الزمني بشكل مطلـق ؛ بل إن المراد بذلك تحقيق العدل الذي يوجب في بعض الأحيان انعدام الفاصل الزمني كما في بيع العين بالعين وأحيانا أخرى المساواة بين الطرفين برعاية جانب كل منهما وحفظ حقه ومثاله ما ذكره الفقهاء مـن وجـوب التسليم على المشتري أولا ؛ ذلك أن حقه تعلق بالعين وهو بهذا حق قوي من هذا الجانب أما الـبائع فحقـه في الثمن (الدين) و قد تعلق بالذمة ولا بد من تعيين حقه مساواة له بمقابله ولا يكون هذا التعيين إلا بالتسليم ـــ وهذا عند الحنفية ـــ أما الشافعية فإن المساواة هي أساس الحق في التمسك بالدفع بعـدم تنفـيذ الالـتزام إلا أن تحقـيق المساواة تختلف صورته عن المذهب الحنفي ـ فتحقيق المساواة بين الطرفين ـــ على قول في المذهب الشافعي ـ يتمثل بإجبار البائع على التنفيذ أولا وذلك أن البائع له القدرة علـى التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المشتري الذي لا يملك هذه القدرة إلا بعد قبض المبيع ولأجل أن تـتحق المسـاواة بيـن الطرفيـن بحيث يملك كل منهما التصرف بالبدل الذي ثبت له وجب القول بحق المشتري في قبض المبيع أولا . وأنظر ما سيأتي بعد .

١ــ ما علل به الفقهاء وجوب الوفاء على المشتري أولا وإسناد ذلك إلى قاعدة المساواة وتحقيق العدالة بين طرفي الالتزام تحقيقا لمعنى المناجزة ـــ أن حق المشتري في المبيع متعين بينما حــق الــبائع فــي الثمن لم يتعين بعد ولا يتعين إلا بالتسليم والقبض وهذا هو مقتضى العدالة والمساواة بين الطرفين [1] .

٢ــ مــا علــل به فقهاء الشافعية قولهم بوجوب الوفاء على البائع أولا وما في ذلك من تحقيق للعدالة بين الطرفين ذلك أن حق البائع في الثمن لا يخشى عليه الضرر أو الهلاك لكونه ثابتا في الذمــة أمــا حق المشتري في العين فيخشى عليه من الهلاك فوجب رعاية لهذا الجانب وتحقيقا لقواعد العدل والإنصاف أن يبدأ البائع بالتسليم [2].

٣ــ ما ذكره الفقها من أن للمرأة الامتناع عن تسليم النفس قبل تسليم المعجل من المهر ؛ حيث أن حــق الرجل في المرأة متعين بالعقد وحق المرأة وإن وجب بالعقد إلا أنه إنما يتعين بالقبض فوجب عليه التسليم ومكنت من الامتناع [3].

---

[1] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣٧ السرخسي . المبسوط ج ١٣ ص ١٩٢

[2] ــ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٤ الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٥ ص ٣٠٨

[3] ــ القرافي . الذخيرة . ج ٤ ص ٣٧٣ / الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٩ / الكاساني . بدائــع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٨ / ابن مفلح . الفروع . ج ٨ ص ٣٥٢ / ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٥ / البعلــي . حاشــية ابن قندس . ج ٨ ص ٣٥٢/ االنووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٥٩ / النووي . المجموع . ج ١٦ ص ٣٤٠

المطلب الثالث : وسيلة لضمان تنفيذ الطرف المقابل[1] :

الأساس الثالث الذي يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ الالتزام هو اعتباره ضمانا للوفاء ووسيلة لإجبار الطرف الآخر على تنفيذ ما للأول من التزامات وهو ما عبر عنه فقهاء المالكية صراحة .

قال في حاشية الدسوقي[2] :

(... وضـــمن بالعقد ــــ بالبناء للمفعول ـــــ إذا لم يكن فيه حق توفية ثلاث بالعقد الصحيح .... وقـــال واســـتثنى من ذلك خمس مسائل ... منها إلا السلعة المحبوسة عند بائعها للثمن الحال أي لإتيان[3] المشتري به) [4] .

حيث علل مشروعية حبس السلعة بأنها انشغال ذمة المقابل بالثمن الحال ليأتي به .

وقال ابن عابدين في حاشيته :

---

[1] ـــ الرملـــي . نهايـــة المحتاج ج ٤ ص ١٠٤ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٥ أنظر المـــاوردي . الحـــاوي الكبير . . ج ٦ ص ٢٠ الغزالي . الوسيط في المذهب . ج ٤ ص ٣٤ النووي . المجمـــوع . ج ٩ ص ٢٦٦ الخرشي . حاشية الخرشي . ج ٤ ص ٣٠٥ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٣٩٨و ٤٦٦ الكاســـاني . بدائـــع الصـــنائع ج ٥ ص ٢٤٢ حيث ذكر أن للبائع استرداد المبيع لاستيفاء الثمن إذا قبضه المشتري بدون إذن البائع فتح القدير ج ٦ ص ١١٩

[2] ـ الدسوقي
العلامة الأوحد والفهامة الامجد الجامع لاشتات العلوم
محمد بن عرفة الدسوقي المالكي ولد ببلدة دسوق من قرى مصر وحضر الى مصر وحفظ القران
وكان فريدا في تسهيل المعاني وتبيين المباني وله تاليفات واضحة العبارات سهلة المأخذ ملتزمة بتوضيح المشكل ولم يزل على حالته في الافادة والالقاء والافتاء

- الجبرتي ، عبد الرحمن بن حسن الجبرتي ، تاريخ عجائب الآثار في التراجم والأخبار المعروف بتاريخ الجبرتي . تصحيح ابراهيم شمس الدين ، ٣ / ٣٤٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط ١ ، ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٧ م

[3] ـــ قوله " لإتيان المشتري به ـــ يدل على أن الحبس يسقط بإتيان المشتري به ـــ أي يستمر الحبس إلى أن يأتـــي المشتري بالثمن الحال ـــ ويحتمل أن يكون المقصود بيان علة الحبس أي حبست العين ليأتي المشتي بالثمن ـــ كأن تقول ضربته ليقر ـــ .

[4] ـــــــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٦

(وللبائع حبس المبيع حتى يستوفي كل الثمن)[1] و (.. باع المستأجر ورضي المشتري أن لا يفسخ الشراء الى مضي مدة الاجارة ثم يقبضه من البائع فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها ولا للبائع مطالبة المشتري بالثمن مالم يحصل المبيع بمحل التسليم) [2]

واعتمادا على هذا الأساس منح الشافعية الحق لكل من البائع والمشتري في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا خشي أي منهما فوات حقه ولا شك أن هذا من القواعد العامة في الفقه الإسلامي والتي يحظى طرفا الالتزام فيها بذات القسط من الرعاية لمصالحهما فلا يفضل أحدهما بإجبار خصمه على الوفاء أولا وهو ما توجبه العدالة من أن يكون طرفا الالتزام بذات الدرجة من الميزة فكان لكل منهما الامتناع عند امتناع الآخر وهو ما يحقق التكافؤ في المراكز القانونية لكل منهما فكلما امتنع أحدهما منح الآخر حق الامتناع وهو مقتضى القاعدة الفقهية (أن كل من ملك شيئا ملك عليه عوضه في آن معا) [3] .

وفي هذا إجبار للطرف الممتنع عن التنفيذ بأن يفي بما عليه من التزام ذلك أنه لن يتمكن من استيفاء ما له قبل استيفاء ما عليه وهذا مضمون الدفع بعدم التنفيذ الذي غايته ضمان حق كل من الطرفين بمنح كل منهما حق الامتناع عن التنفيذ لامتناع الطرف المقابل سعيا لإجباره على الوفاء بما للأول من حق فلا يمكن أن تجبر المرأة على الوفاء بالالتزام المترتب عليها والمتولد عن واقعة العقد والمتمثل في تنفيذ أحكامه وتسليم النفس دون أن تكون قد استوفت معجل مهرها ، وهذا باتفاق الفقهاء وامتناعها عن التسليم وتنفيذ أحكام العقد يشكل وسيلة لإجبار الطرف

---

[1] ـــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ٩٥

[2] ـ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ص ٩٧

[3] ـــابن رجب . تقرير القواعد . ج ١ ص ٣٥٠ أنظر مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٦ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٨ حيث أن مقتضى العقد المناجزة في الثمن والمثمون

المقــابل وهــو الــزوج على تنفيذ ما ترتب لها عليه من التزام متمثلا في وجوب تسليم معجل الصداق [١] .

وكذلك يقال بالنسبة للزوجة اذا امتنعت عن تسليم النفس بعد وفاء الزوج لها بكامل ما ترتب لها مــن التزامات ناتجة عن واقعة العقد . كأن تمتنع الزوجة عن التنفيذ وتسليم النفس بدون مسوغ فللزوج في هذه الحالة الامتناع عن الإنفاق عليها متمسكا بالدفع بعدم التنفيذ بمواجهتها حال طلبها النفقة وبتمسك الزوج بهذا الدفع يحقق أمرين :

الأمــر الأول : إجبار الزوجة على الوفاء بما له عليها من التزام متمثلا في وجوب تسليم النفس والطاعة .

الأمــر الثاني : حفظ حقه من أن يكون بلا مقابل . ذلك أن الفقهاء يلحقون عقد الزواج بعقود المعاوضــات فــي هذه الصورة فلا يجب عليه إنفاق ماله بدون مقابل إذا قلنا إن المهر والإنفاق يشــكلان بــدلا لمــنافع الزوجة من هذا الجانب فإذا فوتت عليه الزوجة استيفاء هذا الجانب من الالتزام المترتب عليها كان له الامتناع عن الإنفاق حفظا لحقه من أن يكون بلا مقابل .
وكمــا يقال في عقد الزواج يقال في سائر الالتزامات سواء كانت ناتجة عن عقد أم عن واقعة ماديــة بحــتة ـــــ عند من أجاز استخدام الدفع في الالتزامات الناتجة عن وقائع مادية بحتة كاللقطة ــ [٢].
علــى أن حقيقة التكافؤ لا تقف عند إثبات الملك في البدلين في عقود المعاوضات ذلك أن العقد بمجرد انعقاده صحيحا يثبت به الملك في البدلين لطرفيه على سبيل التبادل ، بل إن حقيقة التكافؤ في المراكز القانونية لطرفي الالتزام تتعدى ذلك إلى التقابض حقيقة أو حكما[١].

---

[1] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٨ النووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٥٩ النووي . المجموع . ج ١٦ ص ٣٤٠ الفروع ج ٨ ص ٣٥٢ القرافي . الذخيرة . ج ٤ ص ٣٧٣ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٩

[2] ــ انظر فتح القدير ج ٦ ص ١١٨

المبحث الثالث

خصائص الدفع بعدم تنفيذ الالتزام

وفيه

المطلب الأول : من حيث نطاق الدفع

المطلب الثاني : عدم سقوط الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بالتنفيذ الجزئي من الطرف المقابل .

المطلب الثالث : عدم اشتراط الإعذار .

المطلب الرابع : أن الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلى إذن من المحكمة للتمسك به .

---

[1] أنظر الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٥ و ٤٩٤ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٤٣

مواهب الجليل ج٤ ص ٤١٢ الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٣٨٤ بند ٤٣٢

المطلب الأول : من حيث نطاق الدفع :

يتســـع نطـــاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ليشمل الالتزامات المتقابلة الناشئة عن رابطة واحدة أو بســـببها ســـواء كانت رابطة ناشئة عن عقد أو واقعة مادية بحيث يكون كل طرف من طرفي الالتزام دائنا ومدينا ملزما وملتزما له بذات الوقت .[١]

وحقيقة هذا الدفع أنه امتناع عن الوفاء لعدم تنفيذ الطرف الأخر ما عليه من التزام تجاه الأول أو إخلالـــه بما وجب عليه من سلوك للمطالبة بحقه فإخلاله بما عليه من التزام و امتناعه عن تنفيذ ما ترتب عليه تجاه الطرف المقابل يشكل الأساس الذي ينبني عليه القول بمشروعية امتناع المدعـــى علـــيه وبالتالي صحة تمسكه بالدفع . فامتناع المدعى عليه عن التنفيذ لامتناع الطرف المقابل عن تنفيذ ما عليه من التزام يفترض فيه أن يكون الالتزامان متقابلين ويرتبط كل منهما بالأخر بعلاقة ، وهذه العلاقة إما أن تكون ناشئة عن عقد قائم كما هو الحال في البيع أو الإجارة حـــال قـــيام العقد أو عقد الزواج أو عقد فسخ كما هو الحال في البيع والإجارة المفسوخين[٢] . سواء كان هذا العقد ناشئا بإرادتين إم بإرادة منفردة ، أم كان ناشئا عن علا قة مادية صالحة لأن تولـــد التزاميـــن على طرفي العلاقة مرتبطين ببعضهما على سبيل التبادل كما في الإنفاق على اللقطة والوديعة عند من أجاز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مثل هذه الالتزامات .

وبهذا فإن نطاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام يتسع ليشمل الالتزامات الناشئة عن العقود سواء كانت هـــذه العقود قائمة أم مفسوخة ــ بشرط أن ترتب التزامات قابلة للحجز حال فسخها ــ . إضافة إلـــى شموله الوقائع المادية بالوصف الذي ذكرت أما الالتزامات المنفردة أوالالتزامات الواجبة على الطرفين ولا رابط بينها فلا تعتبر محلا قابلا لإثارة الدفع بعدم التنفيذ في الدعوى المتعلقة بها .

---

[1]ــ قواعد ابن رجب ج ١ ص ٣٥٠ وما بعدها

[2] ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ١٠٠ / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ١٦٤ / الوسيط ج ١ ص ٧٣٨

على أن يؤخذ بعين الاعتبار ما سيرد قريبا حول التنفيذ المعيب وتفريق الصفقة فالتنفيذ الجزئي من قبل المدعي لا يسقط حق المتمسك بالدفع في إثارته له حتى مع قبوله بهذا التنفيذ [1] .

[1] ـ السنهوري ج ١ ص ٧٣٥ ـــ الدفوع المدنية ص ٩١٢

المطلب الثالث : عدم اشتراط الإعذار .

عــندما بحــث الفقهاء الالتزامات المتقابلة لم يشترطوا حال مشروعية امتناع المدعى عليه عن التنفــيذ لامتناع مقابله عن التنفيذ أن يقوم المدعى عليه بإعذار خصمه ليصل إلى إقراره على تمسكه بالدفع .

فقد قالوا إن الناشز لا نفقة لها ؛ وحقيقته سقوط نفقتها بنشوزها ؛ أي أن الفقهاء قالوا بمشروعية امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته حال إخلالها بشرط الطاعة بوصفه التزاما ناتجا عن عقد الزواج . ولم يشترط الفقهاء عليه بأن ينذر زوجته بأنه لن ينفق عليها إذا لم تنفذ الالتزام بالطاعة الناشئ عن العقد .

وكذلــك الحــال فــي البيع عندما أجازبعض الفقهاء للبائع حبس المبيع ، وأجاز البعض الآخر للمشتري الامتناع عن نقد الثمن لم يتعرض أي منهم لوجوب لوجوب الإعذار لاستخدام الحق في الحبس .
وفــي اللقطة عند من أجاز من الفقهاء للمنفق الامتناع عن تسليمها لمالكها إلى أن يفي بما أنفق عليها مما هو ضروري لحفظها لم يوجبوا عليه إعذار مالكها بأنه إذا لم يف له بحقه سيمتنع عن تسليمه العين الملتقطة .

وتوجيه ذلك أن مجرد الامتناع من قبل المدعى عليه عن تنفيذ ما عليه من التزام تجاه المدعي يعتبر في حد ذاته ـــ سواء كان التمسك بالامتناع عن التنفيذ قبل إقامة الدعوى أم بعد إقامتها ـــ إيذانــا وإعذارا للمطالب بالتنفيذ بوجوب تنفيذ ما عليه من التزام وإلا سيبقى الدافع متمسكا بدفعه مصرا على موقفه ؛ ذلك أن ما يقوم به المدعى عليه ما هو إلا معارضة للمدعي في طلب التنفيذ وهذا حق خالص للمدعى عليه فلا يحتاج إلى إعذار للتمسك بهذا الحق[1]

[1] ـــ السنهوري ـــ الوسيط ج ١ ص ٧٣٤

المطلب الرابع : أن الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلى إذن من المحكمة للتمسك به .

ذلـــك أن مـــا يتمسك به المدعى عليه دفع وهو في حقيقته سلوك سلبي فلا يحتاج إلى حماية قضـــائية [1] فالامتناع عن الوفاء حال مشروعيته هو حق يرتب للمتمسك به على إخلال الطرف المقابل بما عليه من التزام [2] إضافة إلى أن الامتناع عن الوفاء والتمسك بالدفع لا يشكل خطرا علـــى وجـــود العقـــد كمـــا هو الحال في الفسخ [3] حيث لا يعدو الامتناع عن التنفيذ والادعاء بمشروعيته من أن يكون وقفا للعقد لا إنهاء له وهو كدفع يتفق مع غيره من الدفوع في خضوعه لرقابة السلطة القضائية بعد إثارته والتمسك به لتقدير مدى حق الدافع ومشروعية التمسك بالدفع وأشبه أن يقال كما عبر عنه السنهوري رحمه الله إن الدفع بعدم التنفيذ يمر بمرحلتين :

الأولى : خارج مجلس الحكم يتمثل في الامتناع عن التنفيذ

الثانية : التمسك بالدفع أمام المحكمة المقامة أمامها دعوى وهنا تظهرسلطة القضاء في تقدير هذا الدفع وإقرار المتمسك به على سلوكه أو منعه "[4].

---

[1] صلاح الدين الناهي ــ الامتناع المشروع عن الوفاء ص ١٦٩

[2] ــ مرشد الحيران المادة ٤٥٤ ــ السنهوري .الوسيط ج ١ ص ٧٢٧و ٧٣٥

[3] ــ الوسيط ج ١ ص ٧٣٥

[4] ــ السنهوري . الوسيط ج ١ ص ٧٣٥

المبحث الرابع

شروط قبول الدفع بعدم تنفيذ الالتزام

وفيه

المطلب الأول : وجود التزامات متقابلة

المطلب الثاني : قيام ارتباط بين الالتزامات المتقابلة

المطلب الثالث : أن يكون امتناع المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عن الوفاء بما وجب عليه من التزام مشروعا

المطلب الرابع : استقرار الالتزام

المطلب الخامس : حلول الالتزام

المطلب السادس : إخلال الطرف المطالب بالتنفيذ بما ترتب عليه من التزام تجاه الطرف المقابل

المطلب السابع : عدم التعسف في استخدام الدفع

المطلب الأول : وجود التزامات متقابلة .

لا بد للقول بمشروعية التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام من وجود التزام مقابل للالتزام المستند إليه ــ والمخل بتنفيذه ــ في إثارة الدفع ، لكي يؤتي هذا الدفع ثمرته في إجبار الطرف الآخر وحمله على تنفيذ التزامه .

ذلك أن التقابل بين الالتزامين المتعاصري التنفيذ وجوبا يعني أن كلا من الطرفين دائن ومدين في آن واحد معا وهذا هو المستفاد من عبارات الفقهاء ومن ذلك ما ورد في حاشية الدسوقي قول المصنف رحمه الله :

(ولو قال كل من المتبايعين لصاحبه لا اقبضك ما بيدي حتى أقبض ما بيدك بدئ بالمشتري بدفع الثمن النقد جبرا للتنازع إذا كان المبيع عرضا أو مثليا) [١].

وقال ابن عابدين في حاشيته :

(وللبائع حبس المبيع حتى يستوفي كل الثمن) [٢] و (.. باع المستأجر ورضي المشتري أن لا يفسخ الشراء الى مضي مدة الاجارة ثم يقبضه من البائع فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها ولا للبائع مطالبة المشتري بالثمن مالم يحصل المبيع بمحل التسليم) [٣]

وورد في الروضة في معرض بيان حق الحبس وعلاقته بتفريق الصفقة قوله : (إذا حكمنا بالتعدد ــ أي تعدد الصفقة ــ فوزن أحد المشترين نصيبه من الثمن لزم البائع تسليم قسطه من المبيع بتسليم المشاع ، وإن قلنا بالاتحاد لم يجب تسليم شيء إلى أحدهما وإن وزن جميع ما عليه حتى يزن الآخر لثبوت حق الحبس كما لو أخذ المشتري بعض الثمن)[٤].

---

[1] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ص ١٤٧

[2] ــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ٩٥

[3] ــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ص ٩٧

[4] ــ النووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ٩٨

وقال ابن قدامة : (والحكم فيمن أكرى دابته فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة أو أجر نفســه أو عــبده للخدمة مدة وامتنع من إتمامها وأجر نفسه أو حفر بئرا أو حمل شيئا إلى مكان وامتنع من إتمام العمل لبناء حائط فالحكم في العقار أن يمنع من تسليمه وأنه لا يستحق شيئا)[1].

وبهــذا نجــد أنـــه يستفاد من النصوص المتقدمة أن الامتناع عن تنفيذ الالتزام واستخدامه دفعا اســتنادا إلـــى امتناع الطرف الآخر لا يكون إلا إذا تقابل الالتزامان بحيث يكون كل من طرفي الالتزام ملتزما ومُلتَزَما له في آن واحد فالالتزام الأول والمترتب في ذمة الطرف المتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام قد يكون تسليم شيء قيمي أو مثلي عرضا أو نقدا أو يكون أداء عمل والقيام به كما هو في إجارة العمل يقابله التزام على الطرف الآخر لصالح الطرف الأول ، فالبائع ملزم بتسليم العين وتوجب له التزام على المشتري يتمثل بوجوب نقد الثمن وبذات الوقت الذي وجب للمشتري التزام يتمثل بتسليم المبيع وجب عليه نقد الثمن وكذلك يقال في المؤجر والمستأجر في عقد الإجارة

وفـــي عقــد الزواج يترتب على الطرفين التزامات متقابلة على سبيل التبادل ومن ذلك ما يجب للـــزوج مـــن التزام على الزوجة متمثلا بتسليم النفس ويجب عليه لها الوفاء بالمهر وإعداد المسكن والنفقة وبهذا فكل من طرفي العقد ملزم بذات الوقف الذي يكون ملتزما له فما عليه من التزام واجب لمصلحة الآخر وما على الآخر وجب لمصلحته .

وبهــذا نـــرى أن كافـــة الالتزامات المدنية[2] تعتبر وسيلة صالحة للاستناد عليها حال التقابل للتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام إلا أنه يستثنى من ذلك أمور .

---

[1] ــ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٦ ص ٢٤

[2] ــ في النطاق العام لنظرية الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

١- إذا كـــان الالـــتزام الواجب على الطرف المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يشكل أمرا ضروريا للشخص المثار بمواجهته هذا الدفع فلا يصلح هذا الامتناع أو التخلف عن التنفيذ من قبل المثار بمواجهـــته الدفع مسوغا لإثارة الدفع والتمسك به من قبل الطرف المقابل فمثلا العامل المتعاقد مـــع جهـــة مدة طويلة للعمل لديها ونشأ عن عمل هذا العامل أضرار لحقت بالأدوات المملوكة للجهـــة المســـتأجرة فـــلا تمكن هذه الشركة من الامتناع عن الوفاء بالقدر الضروري والكافي لحاجـــات ونفقـــات العـــامل ومـــن يجب عليه نفقته استنادا إلى أن هذا العامل ممتنع عن الوفاء بالـــتعويض أو تخلـــف عـــن دفع البدل اللازم عما أتلف ؛ لأن في ذلك إلحاق الضرر بالعامل بصورة أشد مما لو تعطل تنفيذ الالتزام المترتب عليه وكما تقدم فإن هذا الدفع وسيله للإ جبار على تنفيذ الالتزام لا لإلحاق الضرر بمن وجب عليه .[1]

٢ـــ إذا كان أحد الالتزامين موكولا تنفيذه إلى القاضي .

ذلـــك أن الدفع شرع لتحقيق غاية . وخوفا على الالتزام المقابل من أن يتأخر تنفيذه فيلحق بمن وجـــب له ضـــرر ولا يتصـــور هذا في الالتزام الموكول تنفيذه إلى القاضي ذلك أنه منصوب لاستيفاء الحقوق والوفاء بها ، ولما انتفى الخطر في هذه الحال منع الطرف المقابل من استخدام الدفـــع كما إذا باع القاضي مال المفلس لقضاء ديونه وجب على المشتري التنفيذ قبلا ، وبه لا يملك الامتناع عن التنفيذ بحجة أن ماله من التزام لم ينفذ .[2]

---

[1] ـــ ابن قدامة . المغني . ج ٢ ص ٢٢٤ / الدردير . الشرح الصغير ج ٣ ص ٣٦٨

[2] ـــ النووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١

٣ـ إذا كــان مبنــيا على الاحتياط كما ذكر الشافعية لتعلق العقد بحق الغير كالرهن والفلس وكذلــك حال الولي أو الوصي إذا باع مال القاصر يجب على الطرف الآخر التنفيذ أولا ولا يملك إثارة الدفع بعدم التنفيذ .[١]

[1] ـ النووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١

المطلب الثاني : قيام الارتباط بين الالتزامات المتقابلة[1] .

تقدم في شرط سابق أنه لا بد من أن يكون هناك تقابل في الالتزامات، وأنه لا بد من وجود رابطـة ، تربط بين الالتزامات المتقابلة ؛ حتى لا يجري على الالتزامات التي لا يوجد بينها رابـط ــ وإن تقابلـت علـى الطرفين ــ الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؛ ذلك أنه لا تداخل في حقـوق العـباد بين بعضها البعض ، وعليه فأن هذا التقابل وحده لا يكفي لإنشاء الدفع بعـدم تنفيذ الالتزام . بل لا بد من وجود علاقة تربط بين الالتزامين ، ومبنى هذه العلاقة نـابع من خلال ما علل به الفقهاء جواز إثارة الدفع بعدم التنفيذ وما دلت عليه نصوصهم ومنها .

١ــ " وللبائع حبس المبيع حتى يستوفي كل الثمن "[2] و" وللبائع حبس مبيعه حتى يقبض ثمنه الحال أصالة وكذلك للمشتري حبس ثمنه حتى يقبض المبيع الحال كذلك "[3]

٢ــ " .. بـاع المسـتأجر ورضي المشتري أن لا يفسخ الشراء الى مضي مدة الاجارة ثم يقبضه من البائع فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها ولا للبائع مطالبة المشتري بالثمن مالم يحصل المبيع بمحل التسليم" [4]

---

[1] ــ أنظـر مـا يـدل على وجوب قيام الرابطة ما بين الالتزامات الشرح الكبير ج ٤ ص ١٥ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ١٠٠ / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ١٦٤ / الكاسـاني . بدائـع الصـنائع ج ٥ ص٢٣٧ / مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٦ / الدسوقي . حاشية الدسـوقي ج ٣ ص ١٤٨ / الخطيـب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٥ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٥ ص ٣٠٨ / السنهوري . الوسيط ج ١ ص ٧٣٨.

[2] ـــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ٩٥

[3] ــ النووي . المجموع . ج ٩ ص ٢٢١ أنظر االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١١٧-١١٨

[4] ــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ص ٩٧

٣ـ فإن حوله المالك قبل مضي المدة فليس له أجر ما سكن "[١]

٤ـ " في كل حال قام الأجير كالخباز بالعمل مع التسليم الحكمي فله الأجر وإلا فلا "[٢] .

٥ـ " ويستحق المطالبة بعد التسليم فإذا حبس فلا تسيلم فلا مطالبة "[٣]

٦ـ " ..... قلت أرأيت الخياطين .... ألهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يعطوا أجرهم قال مالك نعم "[٤]

٧ـ " .فغاسل الثوب وكاسر الفستق والحطب والطحان والخياط لهم حبس العين على الأجر على الاصح "[٥].

وغيرها كثير من النصوص التي أجازت التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام . إلا أنه يلحظ أن كل دفع بعدم تنفيذ الالتزام لا يثار إلا فيما يقابله ويرتبط به من التزام ونلحظ ذ لك من خلال تعبيرهم بجواز حبس المبيع لاستيفاء ثمنه وحبس الثمن لاستيفاء المبيع[٦] وأن الأجير لا يجب أجره إلا بالتسليم فإذا لم يسلم المعقود عليه فلا أجر له[٧] كما تقدم .

---

[1] ـ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٦ ص ٢٤

[2] ـ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ٢٥ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٤

[3] ــ حاشية ابن عابدين ج ٧ ص٢٧

[4] ـ الإمام مالك . المدونة . ج ٥ ص ١٧١٥

[5] ـ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٦

[6] ـ أنظر الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٨٩ ** النووي . المجموع . ج ٩ ص ٢٢١ االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١١٧-١٨١ مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٣

[7] ـ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ٢٥ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٤ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤٤٦ ابن رشد القرطبي . البيان والتحصيل . ج ٨ ص ٤٩٨

أما طبيعة العلاقة التي تربط ما بين الالتزامين المتقابلين فهي إما أن تكون :

١ــ رابطــة عقديــة : كمــا هــو الحال في الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى بالمتعلقة بالالــتزامات الناشــئة عن عقد البيع وعقد الإجارة وعقد الزواج وغيرها ، سواء كانت هذه الرابطة العقدية باتفاق إرادتين أم أنها علاقة عقدية بإرادة واحدة كما هو الحال في الوديعة ، والوكالة بغير أجر .

وتسمى في القانون رابطة عقدية . أو اتفاقية . أو معنوية

٢ــ رابطة مادية : كما هو الحال في الالتزامات الناشئة عن اللقطة .

وفي القانون المدني الأردني نص في المادة ٣٨٧ " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به ."

فالقــاون وضــع القاعدة العامة بالنسبة لهذا الشرط من شرائط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ــ وذلــك بصــورة الحــق فــي الحبس ــ . حيث يحق التمسك بالدفع بشرط قيام رابطة بين الالتزامين المتقابلين .

ومــن خلال التطبيقات المختلفة في مواد القانون المدني يظهر اشتراط قيام هذه الرابطة بين الالتزامات للقول بجواز التمسك بهذا الدفع .

المطلب الثالث : أن يكون امتناع المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عن الوفاء بما وجب عليه من التزام مشروعا.

ومؤدى ذلك أن تكون يد المتمسك بالدفع مشروعة ــ حال الحيازة ــ .

فالغصــب محرم ممنوع شرعا ويد الغاصب على المغصوب يد غير مشروعة ويجب على واضــع اليد فيه التزام فوري برد المغصوب . فإذا أنفق الغاصب على العين ما لزم لردها أو حفظها من الهلاك أو بما قد يفيد المغصوب منها، بشرط أن لا تشكل هذه الزيادة عينا

في المغصوب [1] . فهنا لا يملك الغاصب الامتناع عن التسليم والرد بحجة أن المغصوب منه لم يف له بما أنفق وعليه لا يحق له التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بمواجهة المدعي (.المغصوب منه) حال إقامته الدعوى مطالبا باسترداد العين لأن النفقة وجبت على الغاصب ويده على المغصوب يد ظلم ويجب عليه الرد والمؤنة [2] ، لهذا حرم من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ على اعتبار أن امتناعه عن تسليم العين فعل غير مشروع ويده عليها يد ظلم .

المطلب الرابع : استقرار الالتزام .

مقتضى هذا الشرط أن يكون الالتزام المترتب على المتمسك بمواجهته بالدفع بعدم التنفيذ ان يكون مستقرا ثابتا محققا ليكون امتناع الطرف المتمسك بالدفع عن تنفيذ ما ترتب عليه من وجائب مسوغا أما إذا لم يكن الالتزام المستند اليه في إثارة الدفع بعدم التنفيذ ثابتا محققا فقد المدعى عليه في المطالبة حقه في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ .

---

[1] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤٤٦ ــ أنظر قليوبي وعميرة . حاشيتا قليوبي وعميرة . ج ٣ ص ٥٨

[2] ــ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٩٣ ــ أنظر الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤٤٧ (فلرب القمح المغصوب إذا طحنه الغاصب أخذه مغصوبا ولا يلزمه أجرة الطحن للغاصب وكذا إذا عجن الدقيق أو خبز العجين)

وورد في الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٩١ (من اشترى شيئا فاسدا بشرط مفسد أو لسبب آخر لم يجز له قبضه فإن قبضه لم يملكه بالقبض سواء علم فساد البيع أم لا ولا يصح تصرفه به ببيع ولا إعتاق ولا هبة ولا غيرها ويلزمه رده إلى البائع وعليه مؤنة الرد كالمغصوب ولا يجوز له حبسه لاسترداد الثمن) . أنظر قليوبي وعميرة . حاشيتا قليوبي وعميرة . ج ٣ ص ٥٩ ــ الإمام مالك . المدونة . ج ٥ ص ٢١١٠ ــ ٢١١٣

ويظهر عدم استقرار الالتزام في صورتين

الصورة الأولى : وجود الخيار في العقود القابلة لورود الخيار عليها.

فمـــن ملك الخيار في التزام من الالتزامات الناشئة عن عقود المعاوضات المالية حرم الطــرف المقابل له من الاستفادة من الدفع بعدم تنفيذ الالتزام وعلة ذلك أن لمالك الخيار الرجوع إلى الوضع قبل التنفيذ إذا قام بتنفيذ التزامه بصورة لا توحي بإسقاط الخيار ذلك أن الدفع لا يكون إلا بعد لزوم العقد ـــ والمتفق عليه أن الخيار مانع للزومه [١] .

وبهـــذه الصورة لمالك الخيار مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ في حين لا يملك الخصم إثارة الدفع بعدم التنفيذ ؛ ذلك أن العقد وإن لزم بحقه ، فإنه غير لازم في حق الطرف المقابل .

الصورة الثانية : إذا كان الالتزام محل نزاع جدي مثار .

إذا كان الالتزام محلا لنزاع جدي قائم مثار فلا يحق الاستناد إليه للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أي أن الالتزام الواجب على المدعي ليتمكن الطرف الآخر (المدعى عليه) من الاستناد إليه في إثارة الدفع بعدم التنفيذ لا بد أن يكون هذا الالتزام مستقرا فإذا أ قام البائع دعوى يطالب المشـــتري بـــنقد الثمن فإذا دفع المشتري الدعوى بعدم تنفيذ الأول للالتزام المترتب عليه

---

[١] ـــ الخطيـــب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٥ (إذا قال البائع مال نفسه بثمن حال بعد لزوم العقد لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه ....)

واختلف فقهاء الشافعية فيما إذا سلم من له الخيار وقام بتنفيذ التزامه هل له الرجوع إلى الوضع قبل التنفيذ : قولان ـــ الأول له ذلك والثاني ليس له ذلك ـــ أنظر االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١١٧-١٨١ الرملي . نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٠٦ ـــ وأنظر عند الحنفية ـــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧

وفـق ما نص عليه العقد كما لو سلمه المبيع معيبا وطلب من خلال دفعه رد دعوى المدعي و وقف تنفيذ الالتزام لحين البت في أمر العيب ينظر .
إذا كان العيب من العيوب التي يقضي بها مباشرة فله الحق بالتمسك بالدفع لحين الحصول على حكم في موضوع العيب .

أمـا إذا كان الحكم مما يطول أمره منع المشتري بعد قبضه للمبيع من استخدام الدفع بعدم التنفـيذ استنادا إلى العيب وله الحق في إثارته بشكل مستقل فإذا حكم له رجع على البائع فيه [1].

وفـي دعـوى الزوج على زوجته طلبها الطاعة وتسليم النفس لها أن تدفع بأن الزوج لم يهيء لها المسكن المعتبر بناء على نقص أمر من الأمور . فهنا للمحكمة أن تقر مشروعية تمسك المرأة بهذا الدفع بناء على أهمية ما ادعت نقصانه فإذا كان أمرا مهما لازما أقرت علـى امتـناعها أمـا إذا كان أمرا غير ذي بال وكان مما يمكن معالجته حالا منعت من التمسك بالدفع .

---

[1] ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٧/أنظر ابن الهمام . شرح فتح القدير ج٦ص٣٤٦

المطلب الخامس : حلول الالتزام .

أي أن يكون الالتزام المستند إليه في إثارة الدفع بعدم التنفيذ والمترتب على المدعي حالا للحكم بصحة التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

فالفـــرض القائم أن يكون هناك التزامات مدنية متقابلة يجب أداؤها في وقت واحد معا وهو ما يستفاد من نصوص الفقهاء بأن لا يكون الحق مؤجلا. ذلك أن من شرط المطالبة بالتنفيذ الحلول إضـــافة إلـــى أن الفلســـفة التي يقوم عليها الدفع هي مشروعية امتناع الطرف المطالب لامتناع الطرف المطالب[1] .

وعليه فإذا كان الالتزام المترتب على الطرف المطالب (المدعي) مؤجلا فلا يحق للطرف الآخر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ استنادا إلى عدم قيام الطرف الأول بتنفيذ ما وجب عليه من التزام ؛ ذلـــك أنـــه لا يحق للمدعى عليه في هذه الحالة الامتناع عن التنفيذ وفي حال امتناعه ينفذ عليه جبرا إن أمكن دون شرط أو قيد .

فإذا اشترى شخص سلعة بثمن مؤجل وطالب البائع بالتنفيذ امتنع على هذا الأخير التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ؛ ذلك أن الالتزام المترتب له على المشتري مؤجل وبرضاه التأجيل أسقط حقه في طلب التنفيذ الفوري بتسليم الثمن عند تسليم المبيع.

---

[1] ــ الرملـــي . نهايـــة المحتاج ج ٤ ص ١٠٥ (وللبائع حبس مبيعه حتى يقبض ثمنه الحال أصالة وكذلك للمشـــتري حبس ثمنه حتى يقبض المبيع الحال كذلك) االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١ حاشيتا قليوبي وعميره ج ٢ ص ٣٤٧ النووي . المجموع . ج ٩ ص ٢٢١ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٤ ص ١١٣ مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٤ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٦

وكمـــا لا يتمكن من وجب له الالتزام مؤجلا من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فكذلك الحال إذا حل الأجـــل قبل تنفيذ الطرف الأخر للالتزام المترتب عليه لأنه رضي ابتداء بتأخير حقه في الأجل وثبت عليه وجوب تنفيذ الالتزام أولا في عقود المعاوضات المالية عند البعض [1] .

ويصبح الأجل حالا قبل موعده في قول للفقهاء في حالتين :

الأولى : الإفلاس .

الثانية : الموت .

فـــإذا أفلس من وجب عليه الالتزام المادي المؤجل ثبت للطرف المقابل استخدام الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بالرغم من النص على الأجل المسقط لهذا الحق في عقود المعاوضات المالية [2].

ووجـــه ذ لـــك أن الإفلاس أظهر عظم الخطر الذي قد يلاقيه الطرف الأخر في الالتزام عند المطالبة .

فـــإذا باع شخص عينا بثمن مؤجل وأفلس المشتري قبل قبضه العين كان للبائع الامتناع عن تسليمه العين المعقود عليها وإذا ما أقيمت الدعوى بمواجهته من قبل المشتري مطالبا الحكم له علـــى المدعـــى عليه بتسليمه العين وإلزامه بذلك كان للمدعى عليه الامتناع عن ذلك وطلب رد الدعـــوى وتأجيل الحكم عليه لحين استيفاء ماله من حق وذلك بإثارته الدفع بعدم التنفيذ وتمسكه به .

---

[1] ــ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٥ ** وأنظر ما سيأتي في المباحث المتعلقة بنطاق الدفع بعدم التنفيذ ــ عقد الزواج ــ و ما سيأتي في ما يتعلق بمنح الأجل وأثره على التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

[2] ـــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٦ النووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨٣ الشافعي . الأم .ج ٤ ص ١٥٧ تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ١٥ (لو اشترى متاعا فأفلس والمتاع في يده فالذي باعه المتاع أسوة الغرماء إذا كان المشتري قبض المتاع وإن كان قبل القبض فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن وكذا إذا قبضه بغير إذن البائع كان له أن يسترده ويحبسه بالثمن) الرحيباني . مطالب أولي النهى ج ٣ ص ٣٩٢

والمستند في ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : (أيما رجل باع متاعا فافلس الذي ابتاعه ولم يقبض من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو احق به)[1].

وكذلك إذا مات أحد طرفي الالتزام انتقل تعلق الحقوق من ذمته لخرابها الى أعيان تركته وبهذا الانـتقال يهمل الأجل المنصوص عليه بالالتزام إذا كان لصالح المتوفي حال حياته وعليه إذا ابـتاع شخص من آخر سلعة بثمن مؤجل ثم مات المشتري قبل حلول الأجل وقبل تسلمه المبيع كـان للبائع الامتناع عن تسليم المبيع للورثة لحين استيفاء ماله من حق وهو الالتزام الذي كان مترتبا في ذمه المشتري .

فـإذا أقـام أحـد الورثة أو دائني التركة دعوى على البائع موضوعها المطالبة بتسليم المبيع اسـتنادا الى عقد البيع المنصوص على تأجيل الثمن فيه فللبائع الامتناع عن تسليم المبيع لحين وفـائهم بحقـه متمسـكا بالدفع بعدم التنفيذ مهملا أثر الأجل[2]. وكذلك يثبت هذا الحق للأجير والصـانع فلهم الامتناع عن تسليم ما تحت أيديهم للورثة أو دائني التركة إذا لم يستوفوا مالهم مـن حـق علـى المتوفـي ناتج عن عقد الإجارة أو عقد الاستصناع . وإذا ما اقيمت الدعوى بمواجهتهم كان لهم التمسك بالدفع بعدم التنفيذ .
من ذلك ما ورد في بداية المجتهد قول المصنف رحمه الله :
(فإن أفلس المستأجر قبل أن يستوفي عمل الأجير كان الأجير أحق بما عمله في الموت والفلس جميعا إن كان فلسه بعد ان استوفى عمل الاجير أسوة الغرماء بأجـرته التي شارطه عليها بالفلس والموت جميعا على أظهر الأقوال إلا أن تكون بيده السلعة التـي اسـتؤجر على عملها فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعا لأنه كالرهن بيده فإن أسلمه كان أسوة الغرماء) .[3]

و

[1] ــ تخريج الحديث . الموطأ ج ٢ ص ٦٧٨ رقم الحديث ١٣٥٧ / سنن البيهقي رقم الحديث ١١٣٧ / سنن أبو داوود ج ٣ ص ٢٨٦ رقم الحديث ٣٥٢٠ .

[2] ــ الإمام مالك . المدونة . ج ٥ ص ١٧٢٥

[3] ــ ابن رشد . بداية المجتهد . ج ٢ ص ٣٨٦

أصـــل المســـألة مختلف فيها بين الفقهاء . فقد جرى الخلاف بين الفقهاء في مسألة حلول الأجل بالفلس كما جرى في حلوله بالموت [1]

[1] ـــ للفقهاء في أثر الفلس والموت على أجل الدين قولان ، تفصيلهما على النحو الآتي :

أ ـــ اثر الفلس على الأجل

إذا أفلس المدين فهل تحل الديون المؤجلة ، ويهمل اثر الأجل أم تبقى الآجال بحالها ولا اثر للفلس عليها بوصفها حقوقا ممنوحة لا يؤثر الفلس فيها كغيرها من الحقوق اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين .

القول الأول : إذا أفلس المدين حلت الديون المؤجلة كما تحل بالموت وهو وقول عند المالكية (حاشية السوقي ج ٣ ص ٢٦٦ ، القرافي . الذخيرة . ج ٨ ص١٧٢) وقول عند الشافعية إلا إذا اشترط عدم الحلول وكذلك إذا لم تســـتوف المـــنفعة في الإجارة حيث يخير في الفسخ (الشافعي . الأم .ج٤ ص ١٤٣ الكوهجي . زاد المحتاج بشرح المنهاج ج٢ ص١٦ وص ١٧٦) .

وجه هذا القول :-

القـــياس علـــى المـــوت ؛ ذلك أن الفقهاء نصوا على أن الأجل يحل بموت المدين وكذلك في حال إفلاسه بجامع خراب الذمة

إلا إن هذا الدليل لا يسلم من الاعتراض ذلك أن المفلس يحتمل غناه بكسبه أو هبة من الغير أو إرث ينتقل إليه بخـــلاف المـــوت حيث لا يتصور كل ذلك لانعدام الذمة أصلا أما المفلس فلا زالت ذمته قائمة وأهلا لإيجاب الحقوق له .

القول الثاني أن الأجل لا يحل بالموت .

أدلة القول الثاني .

١- أن الأجل حق للمفلس ولم يعهد في الشرع أن الحقوق تسقط بالفلس فلا يسقط حقه في الأجل فتبقى التزاماته إلى أجلها(مطالب أولي النهى ج٣ ص٣٩٤).

٢- أنه دين مؤجل على حي له ذمة فلا يحل الأجل قبل أوانه كما هو الحال في غير المفلس (الشافعي . الأم .ج٤ ص ١٤٣) .

٣- أن الغايـــة مـــن الأجل الانتظار والإمهال ليكسب المدين في مدة الأجل ما يقضي به حقوق الغير فكان اشتراطه أصلا لمصلحة فلا تهدر

٤- أن احـــتمال الملـــك في المفلس قائم فقد يكتسب أو يحصل بهبة أو غيرها على ما يكون سبب في غـناه وبمـــا أن هـــذا الاحـــتمال قائم فلا يسقط الأجل بخلاف الميت (الشافعي . الأم .ج ٤ ص ١٤٣- أنظر الكوهجي . زاد المحتاج بشرح المنهاج ج٢ ص ١٦٦ ،ص١٧٦)

هـــذا بالنسبة لحلول آجال الديون وعليه يترتب على انتهاء الأجل بالإفلاس عند من قال به فسخ العقود وإنهائها ويرجع الفسخ بالطرفين إلى ما كان عليه الحال قبل العقد هذا في العقود الفورية (الزرقا . المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٥٩٧) .

أمـــا العقـــود الزمنية المستمرة كعقد الإيجار فإذا تم التنفيذ تاما يستحيل الفسخ ، ذلك أن المعقود عليه هو المنفعة وقـد اســـتوفيت بانقضـــاء المـــدة فلا تفسخ لأن الرجوع إلى الحال قبل العقد غير ممكن ذلك أن الزمن أحد عناصرها وهو مما لا يمكن رده . إلا أن أجل الأجرة يحل عند من قال بحلول الأجل بالإفلاس ويظهر أنه لا محـــل لإثـــارة الدفع بعدم التنفيذ ؛ ذلك أن أحد الالتزامين قد تم استيفاؤه . (الزرقا . المدخل الفقهي العام ج١ ص ٥٩٧) . أمـــا العقود الزمنية المستمرة قبل تمام التنفيذ فهي محل صالح للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عند من قال بحلول الأجل بالفلس ذلك أن الإجارة كعقد زمني إذا استوفى جزء من المنفعة خلال مدة من العقد وبقي قسم مـــن المـــنفعة ، و لم تنته مدة العقد بعد فلم يستوف هذه المنفعة فإنها تقبل الفسخ بالنسبة إلى ما بقي من مدتها دون المستوفى فيما ما مضى الذي يجري عليه حكم العقد ويكون للمؤجر أن يستوفي من الأجرة بقدر حصته فقـــط (الزرقا . المدخل الفقهي العام ج١ ص ٥٩٧) . وفي عقد العمل إذا أراد العامل الفسخ قبل الوفاء بكامل العمل لإفلاس رب العمل فلا أجر له عند الحنابلة عما مضى (شرح منتهى الايرادات ج٢ ص ٣٧١).

ب ـــ أثر الموت على الأجل .

اختلف الفقهاء في حلول الأجل بالموت على قولين

القول الأول :- إن الأجل يحل بالموت وهو قول الحنفية (ابن نجيم . الاشباه والنظائر ص ٣٩٢) و الشافعية (الشافعي . الأم .ج٤ ص ٤٢) ورواية عند الحنابله (الرحيباني . مطالب أولي النهى ج٣ ص ١٢ – المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج٥ ص ٢٧٥) اذا لم يقدم الورثة وثيقة لصاحب الدين تحفظ حقه

وقول عند المالكية (الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ص ٢٦٥ – القرافي . الذخيرة . ج٨ ص ١٧٢– ابن رشد . ابـــن رشد . بداية المجتهد . ج٢ ص) إذا لم يشترط بقاء الدين إلى أجله . على أن المقصود بالموت هو الموت الطبيعي فلو قتل الدائن مدينه لا يحل الأجل "من استعجل الشيء قبل اوانه عوقب بحرمانه " وعند الحنفية يستوي الموت الحقيقي والحكمي (ابن نجيم . الاشباه والنظائر ص ٣٩٢) وأدلة هذا القول

١- قـــال تعـــالى (مـــن بعد وصية يوصى بها او دين) النساء آية رقم ١١ دلالة الآية الكريمة أن الـتوارث لا يكون إلا بانقضاء الدين ذلك أن النص قدم الديون ولا بد لاستيفاء كل وارث حقه من التركة أن يتم الوفـــاء بـــالديون وان كانت مؤجلة لا يصار إلى تملك الموروث (ابن رشد ج ٢ ص ٣١٢ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج٣ ص٢٦٥)

٢- مـــا ورد عـــن الرسول عليه الصلاة والسلام : " نفس المؤمن مرهونة بدينه حتى ينقضي " سنن البيهقي ج ٦ ص ٧٦ رقم الحديث ١١١٩٣ / الترمذي ج ٣ ص ٣٨٩ رقم الحديث ١٠٧٨ / مسند أبي يعلى ج ١٠ ص ٤١٦ رقـــم الحديـــث ٦٠٢٦ / ســـنن ابي داوود رقم الحديث ٢٣٩٠ وقد ورد الحديث بلفظ معلقة بدل مرهونة .

وفي تأخير قضاء الدين منع للميت من أن تبرأ ذمته وهذا مخالف لمقصود الشرع

٣-مـــا ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم : " إذا مات الرجل وله دين إلى أجله وعليه دين إلى أجله فالذي عليه حال والذي له إلى أجله " سنن الدراقطني ج ٤ ص ٢٣٢ .

٤- إن الموت يؤدي إلى خراب الذمة وعدم صلاحيتها للالتزام

فالالـــتزام لا يخلو بحال إما أن نقول ببقاء الدين في ذمة الميت وقد خربت فلا محل له أو في ذمة الوريث ولا تصـــح لأنـــه إلزام الشخص بما لم يلتزمه بنفسه ولا ألزمه به الشرع ولا يحق أن يبقى معلقا على الأعيان لأنه إضرار بالورثة

٥- أن الأجل رفق بمن عليه الدين ولا شك أن الرفق بالميت قضاء ديونه

القول الثاني أن الأجل لا يحل بالموت .

واستدلوا بما يلي :

وحلــول أجل الالتزام يكون إما بالنص عليه في المصدر المنشئ للالتزام كما لو نص على أجل ثمــن المبــيع أو أجل الوفاء بالأجرة ، أو بالرجوع إلى طبيعة السبب المنشئ للالتزام ؛ أو أن يحــدد العــرف آجــل الوفاء بالالتزام حال إغفاله في المصدر المنشئ للالتزام ؛ ولا يخفى أن المشرع يتدخل في آجال أنواع من الالتزامات ويحددها مما قد يرتب الفساد على مخالفته .

وقــد اختلفــت آراء الفقهاء بشكل واضح في تحديد آجل الوفاء بالالتزام المترتب على المستأجر والمتمثل بوجوب الوفاء بالأجرة حال عدم النص عليها بخلاف غيرها من العقود .

أولا : :إجارة الذمة[1]

الأجــرة في إجارة الذمة حالة حتما ويجب تسليمها فورا عند المالكية والشافعية ولا يصح اشــتراط تاجيلها واستثنى المالكية حالة واحدة وهي فيما إذا شرع المستأجر باستيفاء المنفعة

١- مــا ورد عــن الرسول عليه الصلاة والسلام " من ترك حقا او مالا فلورثته" والأجل حق للميت فينتقل هذا الحق للورثة بشرط أن يقدم الورثة توثيقا لرب الدين فإن تعذر حل بالموت (الرحيباني . مطالب أولي النهى ج٣ ص ٣١٢ – أنظر المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ٥ ص ٢٧٥) .

٢- قــياس الأجل بوصفه حقا للميت حال حياته على باقي حقوقه فلا تسقط كافة الحقوق ويقاس عليها الأجل فلا يسقط .(انظر مطالب أولي النهج ص ٣١٢ .)

[1] ــ المقصود بإجارة الذمة : الإجارة التي يقتضي فيها أن يقوم الأجير بعمل معين في شيء معين أو موصوف سواء عمله بنفسه أو بواسطة غيره إلا أنه هو المسؤول عن العمل مثل استئجار الخياط لخياطة ثوب أو بناء لبناء دار أو حمال لحمل بضاعة فهي إجارة على عمل يترتب في ذمة الأجير في محل معين أو موصوف ــ أنظر في ذلك بشكل أكثر تفصيلا ــ الإجارة الواردة على عمل الإنسان ــ شرف بن علي الشريف ــ ص ٥٢ الطبعة الأولى عام ١٤٠٠ هــ ــ ١٩٨٠م ــ دار الشروق . و امتناع التسليم وأثره في عقود المعاوضات المالية ــ رسالة دكتوراة الجامعة الأردنية عام ١٩٩٩م ــ طلال محمد علي ربابعة

خـــلال أيـــام قلائل كيومين أو ثلاثة [1]. وعلة الوجوب أن العقد في حال تأجيل الأجرة يعد بيع ديـــن بدين وهو ممنوع شرعا[2] . أما حال تقديم أحد الالتزامين والشروع فيه ينتفي هذا الوصف وهـــو ما نص عليه الشافعية نصا صريحا (و يشترط في حالة إجارة الذمة تسليم الأجرة في المجلس قطعا) . [3]

ثانيا : إجارة الأعيان : تبرز أهمية تعيين موعد استحقاق الأجرة بوصفها التزاما واجبا على المستأجر إذا أطلق العقد ولم يتعرض فيه لبيان الملزم بالتنفيذ أولا .

اتفق الفقهاء على أن الأجرة في إجارة الأعيان تكون معجلة بأحد أمرين[4] .

الأول : بالتعجيل ،أي بالتسليم الفعلي للأجرة قبل استيفاء المنفعة

الثاني : باشتراط التعجيل أي النص على أن موعد حلول الأجره في العقد يكون معجلا قبل استيفاء المنفعة .

وأضاف المالكية [5] حالتين تجب فيها الأجرة معجلة .

الأولى : إذا اشتهر عرفا أن تكون معجلة

الثانية:- إذا كانت الأجرة عينا معينة . ووافقهم الشافعية في هذه الحالة [1] منعا للقرض.

---

[1] ــ ابن رشد القرطبي . البيان والتحصيل . ج ٨ ص ٤١٠

[2] ــ ابن رشد القرطبي . البيان والتحصيل . ج ٨ ص ٤١٠

[3] ــ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٠٩

[4] ــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٣ (تستحق الأجرة بأحد معان ثلاثة ، بشرط التعجيل وبالتعجيل أو باستيفاء المعقود عليه) / أنظر الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٣٤ / الخرشي . حاشية الخرشي . ج ٧ ص / ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٦ ص ١٥

[5] ــ الخرشي . حاشية الخرشي . ج ٧ ص ٢

يفهم من هذا أن للمتعاقدين في إجارة الأعيان الاتفاق على التعجيل أوالتنجيم أو التأجيل إلا أنه إذا خلا العقد عن شرط التعجيل او التأجيل فقد اختلف الفقهاء في موعد حلول الأجرة على قولين

القول الأول:-

وهــو قــول الحنفية[٢] والمالكية[٣] ان الأجرة في حال عدم النص على ميعاد حلولها ولم تجب معجلــة تكــون باستيفاء المنافع وهي المعقود عليه في عقد الإجارة وشأنها ـــ أي المنافع ـــ أن تكون معدومة حين العقد وتستوفى أولا بأول فما استوفي منها وجب أجره وما لا فلا .

القول الثاني:-

وهــو قول الشافعية[٤] والحنابلة[٥] أن الأجرة إذا لم ينص على وقتها في عقد الإجارة ، أنها تجب بالعقد وتملك به . ذلك أن المنفعة في عقد الإجارة تنزل منزلة الأعيان عندهم ، واستثنى الشافعية الأجرة إذا كانت عينا من هذا الحكم .

وجه القول الأول :

أن الإجــارة من عقود المعاوضات فإذا أطلق الأجل في عقد المعاوضة يثبت الملك في العوض باستيفاء المعوض ، كما هو الحال في البيع ، والإجارة عقد على منفعة ، وشأن هذه المنفعة أن تكون معدومة حين العقد ، إلا أنها تحدث شيئا فشيئا ،والبدل مقابل للمبدل ، وحيث لا يمكن اســتيفاؤها ـــ أي المــنفعة ـــ حــالا لا يلزم بدلها حالا ، إلا إذا شرطه في العقد ، أو عجله

---

[1] ـــ الروياني . بحر المذهب . ج ٩ ص ٢٦٧ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٣٤

[2] ـــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٣

[3] ـــ الخرشي . حاشية الخرشي . ج ٧ ص ٢

[4] ـــ الروياني . بحر المذهب . ج ٩ ص ٢٦٧ / النووي . المجموع . ج ١٥ ص١٧

[5] ـــ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٦ ص ١٥ ابن رجب . تقرير القواعد . ج ١ ص ٣٥١

بـــالفعل ؛ ذلك أن العاقد بهذا يكون قد أوجب على نفسه هذا الالتزام ، وأبطل حقه في المساواة التي يقتضيها العقد .[1]

بهـــذا يظهر أن الأجرة عند أصحاب هذا القول تستحق بالاستيفاء حقيقة أو التمكن منه بشروط هي :

أ- أن تكون الاجارة صحيحة أما الفاسدة فلا أجر فيها إلا باستيفاء المنفعة فعلا.

---

[1] ـــ االسرخسي . المبسوط ج ١٥ ص ١٠٨ طبعة دار الكتب العلمية / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٣ / العيني . البناية . ج ١٠ ص ٢٣٢ / البدائع ج ٦ ص ٣٧ طبعة دار الكتب العلمية / وأنظر ابـــن رشد القرطبي . البيان والتحصيل . ج ٨ ص ٤١١ ، وقد استدل لهم النووي في مجموعه بـــ : قوله تعالى : (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) . الطلاق ـــــ ٦

وجـــه الدلالـــة أن الآيـــة الكريمة أمرت بالوفاء بالأجرة عقيب الإرضاع وهو العمل المعقود عليه ذلك أن استيفاءه وجب أولا وبهذا يظهر أن البداءة بالوفاء بالعمل.

و ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (اعطو الأجير أجره قبل أن يجف عرقه) . ـــ ابن ماجه باب أجر الأجراء ج ٢ ٨١٧ رقم الحديث ٢٤٤٣

وجـــه الدلالـــة أن الحديث أمر بالوفاء بالأجر قبل أن يجف عرق الأجير حثا للمستأجر على الإسراع في الوفاء بالأجر ولا يكون هذا حال الأجير الموصوف في الحديث إلا بعد العمل فدل على أن الأجر يجب بعد الوفاء بالعمل . النووي . المجموع . ج ١٥ ص ١٧

أن الآية لا دليل فيها على تأجيل الأجرة إلى ما بعد استيفاء المنفعة ؛ ذلك أن المعنى قد يكون ايجاب الأجرة بالشـــروع فـــي العمـــل أي أن الأجر يؤتى على الشروع لا على الوفاء ومنه قول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) التوبة ـــــ ٢٩. أي حتى مباشرتهم بإعطاء الجزية .

ـــ أمـــا الحديث : فالاستدلال به يحتمل أن الأجرة تجب بالعقد وتملك به ـــ وهو قول الشافعية والحنابلة ـــ ذلـــك أن الغاية من الحديث الحث على الوفاء بالأجر حفاضا على حق الأجير فحسب . أنظر الشريف ـــ شرف بن علي ـــ الإجارة الواردة على عمل الإنسان ص٢٢١ .

ب- أن يكون التمكن في محل العقد فلو استأجر دابة أو سيارة إلى مكان معين فسلمها له المالك بعد ذلك المكان فلا أجر .[١]

ج- أن يكون المستأجر متمكنا من الانتفاع في المدة فإذا مضت ولم ينتفع بسبب من المؤجر أو لم يتمكن من الانتفاع لا يجب عليه الأجر. فمن أجر دارا ولم يسلم إلا بعد انتهاء المدة فلا أجر.[٢]

أدلة القول الثاني :

١- أن المـــنفعة تملك بالعقد ذلك أن الملك عبارة عن حكم وهو جواز التصرف المخصوص فملك بالعقد ،وهذا شأن المنفعة المعقود عليها و تحقيقا للمساواة التي تقتضيها عقود المعاوضات لا بـــد ان تملـــك الأجـــرة بالعقد كالمنفعة [٣] ، والقاعدة في ذلك أن كل من ملك شيئا ملك عليه عوضه في آن واحد [٤].

٢- قـــياس الإجارة على عقد البيع ذلك أن البائع يملك الثمن بمجرد العقد وكذلك تملك الأجرة وهـــي عوض أو بدل بمجرد العقد بجامع أن كلا من الإجارة والبيع من عقود المعاوضات ومن

---

[1] ابـــن عابديـــن . رد المحتار على الدر المختار ج ٩ ص ١٨٧ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٤

[2] ــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٩ ص ١٨٧ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٤

وتجدر الإشارة إلى أن المستأجر إذا قام باستيفاء المنفعة في الإجارة الفاسدة بتسليم من المؤجر وجب الأجر أما إذا كان بدون تسليم منه فلا أجر وإن تم الاستيفاء ــ وهذا مبني عند الحنفية على نظرتهم للإجارة

[3] ــ الروياني . بحر المذهب . ج ٩ ص ٢٦٦ النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٨٠

[4] ــ ابن قدامة . المغني . ج ٦ ص ١٥ تقرير القواعد ج ١ ص ٣٥٠

شــان هــذه العقــود عــند إطــلاق الأجل استحقاق العوض بمطلق العقد[1]، وكذلك الحال في الصداق[2] .

المناقشة والترجيح :

مناقشة أدلة الحنفية والمالكية :

ما ذكروه من أن المنفعة لم تستوف بعد ، وبالتالي لا يجب تسليم الأجرة ؛ استنادا إلى وجوب المســاواة ، فهــو صــحيح ، لكــن المنفعة هنا أنزلت منزلة الأعيان ، وبتسلم العين يتمكن المســتأجر مــن استيفاء المعقود عليه ، والتسليم يجب بالعقد والأجرة عوض ، فوجبت به تحقيقا للمساواة [3].

مناقشة أدلة الشافعية والحنابلة :

أن قياسهم الأجرة على الصداق والثمن هو قياس مع الفارق؛ ذلك أن علة الأصل لم توجد في الفرع . فعلة وجوب الصداق[4] والثمن هو تسليم العوض أو البدل ، والمنفعة في عقد الإجارة لم تسلم عند العقد ، ولا يتأتى تسليمها ؛ لأنها معدومة عنده وتحدث أولا بأول . فإذا لم يلزم تسليم المنفعة عند العقد ، فلا يلزم تسليم الأجرة تحقيقا لمعنى المساواة [5] .

الترجيح :

---

[1] ـــ ابن قدامة . المغني . ج ٦ ص ١٥

[2] ـــ الشريف ـــ شرف بن علي ـــ الإجارة الواردة على عمل الإنسان ص ٢٢١

[3] ـــ انظر الشريف ـــ شرف بن علي ـــ الإجارة الواردة على عمل الإنسان ص٢٢١

[4] ـــ قد يعترض عليه بأن الصداق حال الوفاء لم يقابله مباشرة بدله ـــ ويجاب عليه بأن البدل هو تسليم النفس وهو ثابت بمجرد العقد ما لم يمنع مانع أو شرط .

[5] ـــ الشريف ـــ شرف بن علي ـــ الإجارة الواردة على عمل الإنسان ص ٢٢١

وأرى أن الأولــى الأخذ بما قال به الشافعية والحنابلة ذلك أنه بالأخذ برأيهم تتحقق المساواة بيــن طرفي العقد ، فالمنفعة هي المقصودة من العقد ، وهي لا تحصل إلا بتسليم العين ، فكانت المــنفعة تابعة للعين ، وبتسليم العين للمستأجر يتمكن من الانتفاع ، فيكون المؤجر قد وفى بما علــيه ، وهو تمكين المستأجر من الانتفاع ، وكما في البيع كذلك ، لا يجب على البائع أن يقوم بتســليم المبيع للمشتري بيده ، بل يخلي بينه وبين المبيع الحاضر ، إلا إذا اشترط في العقد غير ذلــك ، هــذا إضافة إلى اعتبار عقدالإجارة كسائرعقود المعاوضات الموجبة لثبوت الملك في الشيء وعوضه لطرفي العقد على سبيل التبادل في آن معا .

المطلب السادس : إخلال الطرف المطالب بالتنفيذ بما ترتب عليه من التزام تجاه الطرف المقابل .

يعالج هذا الشرط الحالة العامة التي يثار فيها الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، فإذا تقدم البائع بدعواه طالباً الثمن الحال من المشتري دون أن يكون قد نفذ الالتزام المترتب عليه تجاه المشتري أو أبدى استعدادا حقيقيا لتنفيذه كان لهذا الأخير الامتناع من الوفاء بالثمن متمسكا بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام استناداً إلى إخلال البائع بالالتزام المترتب عليه والمتمثل في تسليم المبيع . وكذلك يقال فيما إذا كان المدعي هو المشتري مطالبا البائع بتسليم المبيع بالرغم من إخلاله بالالتزام المترتب عليه وامتناعه عن تسليم الثمن الحال أو لم يبد استعدادا حقيقا لتسليمه .

وكذلك يقال في الالتزمان الناشئة عن عقد الزواج فإذ طالب الرجل المرأة بتسليم نفسها دون أن يكون قد وفى لها بالتزامه بتسليم معجل المهر فللمرأة الاستناد إلى إخلال الرجل بالتزامه والامتناع عن تسليم النفس مثيرة ذلك بصوره دفع بعدم تنفيذ الالتزام سعيا للتخلص من الحكم عليها بموجب دعواه .

إلا أن ما ينسب إلى المدعي من إخلال بالالتزام الواجب عليه قد لا يكون امتناعا تاما عن تنفيذ الالتزام بل قد يقوم المدعي بتنفيذ ما وجب عليه من التزام إلا أن هذا التنفيذ صدر معيبا . وهو ما ناقشه الفقهاء خلال بحثهم للمسائل الموضوعية في الوقائع التي يتمسك فيها بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

وسأعرض لصور ذكرها الفقهاء ، من خلال بحثهم لعقدي البيع والإجارة .

أولا : عقد البيع

وصورة المساله أن يقوم أ حد طرفي العقد بتنفيذ ما عليه كأن يقوم البائع مثلاً بتسليم المبيع المعقود عليه إلا أن هذا التسليم – التنفيذ – صدر معيبا كأن تغير وصف المبيع أو طرأ خلل عليه فإذا طالب البائع بعد تنفيذه لالتزامه تنفيذاً معيباً المشتري بتنفيذ ما عليه من التزام فهل

يحـــق لهـــذا الأخير معارضة المدعي و الامتناع عن نقد الثمن المتفق عليه للبائع متمسكاً بالدفع بعدم التنفيذ استناداً إلى أن البائع لم يقم بتنفيذ ما عليه من التزام تنفيذاً صحيحاً معتبرا .

عند الحنفية

يفرق الحنفية بين أمرين :-

الأول : أن يكون التعيب نقصان قدر .

الثاني : نقصان صفه .

فالأول وهو نقصان القدر كأن يكون المبيع مكيلا أو موزونا وتعيب بغير فعل المشتري ينفسخ البيع بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن وبهذا يملك المشتري بناء على ما تقدم التمســك بالدفع بعدم التنفيذ بما يخص المعيب من الثمن إذا اختار إمضاء البيع ذلك انه مخير بين الإمضاء والفسخ لتفرق الصفقة .

أما الثاني : وهو فيما اذا كان نقصان صفه فلا يسقط شيء من الثمن ويخير المشتري بين أمرين إمـــا إمضـــاء البـــيع وفـــق العقد وبالثمن كاملا أو الفسخ وبناء على ذلك لا يملك المدعى عليه المطالـــب بالثمن ان يدفع دعوى البائع حال اختياره لامضاء البيع أما إذا اختار الفسخ فيملك ما هو اقل خطرا وهو اثاره الدفع .[1]

المذهب المالكي :

يفرق فقهاء المالكية بين ما ينقسم وبين ما لا ينقسم .[2]

أ- فـــيما ينقســـم : إذا كان المستحق للغير أو المعيب يسيرا لزم البيع وللمشتري الرجوع بقيمة المستحق او المعيب دون الباقي ومؤدى ذلك أنه ليس للمشتري الامتناع عن الوفاء بالثمن إلا بحدود ما تعلق بالمعيب وبحدود ما يخصه من الثمن.

---

[1] - أنظر ابن الهمام . شرح فتح القدير ج٦ص٣٥٥ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج٧ص ١٠٧-١٠٨وص١٨٤.

[2] مواهب الجليل ج ص ٤١٦ / الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٩

فـالأولى – أي في حال اتحاد الصفقة ـــ كما لو بيعت عدة أشياء صفقة واحدة ـــ لا عبرة بتسليم البعض دون الباقي ومقتضى هذا أن ما قام به البائع من تسليم على هذه الصورة لا يعتبر تسليما تاما وبالتالي لا يفوت على الطرف المقابل فرصة الامتناع عن التنفيذ للالتزام المقابل وبه يثبت حق إثارة الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الطرف الأول .

أمـا الثانـية ـــ وهي فيما إذا تعددت الصفقةـــ فإن هذه تجزئة وعليه يكون لكل جزء حكمـه من حيث ارتباطه بالثمن المسمى له وعلى هذا إذا باع عدة أشياء وكانت على صفقات متعددة فلا يملك المشتري الامتناع عن تسليم ثمن ما تسلمه من هذه الصفقات محتجا بأن البائع لـم يقـم بتسليم كافة الصفقات وعليه لم يكن له إثارة الدفع إلا ما تعلق بجزء منها (أي ما عد صفقة واحدة) إذا أخل البائع بها و بحدود ما خصها من الثمن فقط .

وبهذا إذا لزم العقد في الصفقة كلها على أنها وحدة واحدة لا يسوغ التجزئة أما إذا عقد البيع على صفقات متعددة فلكل حكمها .

القـول الثانـي :- انه اذاترتب على تجزئة الصفقة تلف باقيها او نقصه نقصا يبخس بثمنها لم يجبر البائع على تنفيذ التزامه وجاز له حبسه حتى يستوفي الثمن [1] .

وكذلـك الحال اذا تعيب التنفيذ من جهة المشتري أي اذا حصل من المشتري في تنفيذ التزامه المتمثل بالوفاء بالثمن خلل ففيه عند الشافعية وجهان.

الأول :- يمـتلك البائع بناءا على هذا الوجه إثارة الدفع بعدم التنفيذ بمواجهة المشتري إذا تقدم هـذا الأخير بدعواه مطالبا بتسلم المبيع لإخلاله بتنفيذ الالتزام المترتب عليه ، والمتمثل في نقد

---

[1] الـنووي . المجمـوع . ج ١٣ ص / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ٩٨ و ١٩٨ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٥ ص ٣٠٧

الثمـــن وذلك على اعتبار أن المبيع محبوس بدين فلا يسلم شئ منه بحضور بعض الدين قياسا على الرهن.

الوجه الثاني :- أن البائع لا يملك إثارة الدفع في حال قيام المشتري بالوفاء بجزء من الثمن إلا فـيما يـتجاوز هـذا المقدار فيجبر البائع على تسليم جزء من المبيع بمقدار ما أوفى من الثمن اسـتنادا إلـى أن كل من الثمن والمبيع عوض عن الآخر وكل جزء من المبيع بمقابلة جزء من الثمن فإذا سلم بعض الثمن وجب تسليم مافي مقابله .

أمـا مستند الوجه الأول ـــ القياس على الرهن ـــ فيجاب عليه أن الرهن ليس بعوض أي أن الرهن ليس عوضا عما رهن لأجله وعقد الرهن لا يقصد منه ما يقصد من عقود المعاوضات المالية بل غاية الأمر أنه ـــ أي الرهن ـــ وسيلة لتوثيق الدين بخلاف البيع فافترقا [١] .

- الحنابلة :-

في حال تفريق الصفقة أو تعيب التنفيذ كأن تعيب المبيع في يد البائع قبل التسليم فالمشتري مخير بين أمرين :-

الأول أخــذه ناقصا معيبا ولاشيء له وبناء عليه لا يملك المشتري إثارة الدفع لأنه باختياره ورضــاه بالمبيع معيبا أو ناقصا قد أسقط حقه في الامتناع عن الوفاء بما تحت يده كأنه اشترا عالما بعيبه فلزم بحقه.

الثانـــي :- فسخ العقد وعليه فإذا ملك الفسخ ملك ما هو أقل خطرا وهو الامتناع عن تسلمه والامتناع عن تنفيذ الالتزام المترتب عليه [٢] .

وعليه إذا أقام البائع دعواه مطالبا المشتري بالثمن ينظر : فإذا كان المشتري قد تسلمه وارتضاه معيبا فلا يملك إثاره الدفع أما إذا لم يرض به فله إثارة الدفع بل وله فسخ العقد.

١ـــ حاشيتا قليوبي وعميره ج ٢ ص ٣٤٥

٢ـــ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٤ ص ١١٧

عقد الإجارة :

صــورة هذه المسالة أن المؤجر سلم العين واستوفى المستأجر بعض المنفعة ثم طرأ ما فوت الانتفاع بالعين المؤجرة فهل للمستأجر أن يدفع بعدم التنفيذ إذا طالبه المؤجر بالأجرة .

في المذهب الحنفي :

إذا اثــر العيــب فــي المنافع ولو كان حادثا يثبت الخيار للمستأجر فالدار إذا انهدم بعضها ثبت الخــيار للمستاجر لأن كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه ذلك ان العقد وارد على المنفعة دون العيب .

ومــثل فقهاء الحنفية على ذلك بانقطاع ماء الرحى فلو لم يفسخ المستاجر العقد حى عاد الماء لزمــته الأجرة ويسقط عنه من الأجر ما خصها وذلك إما على اعتبار حساب أيام الانقطاع أو بقدر حصة ما انقطع من الماء على قولين عندهم .

مــن هذا يظهر أن المالك المؤجر إذا طالب المستاجر بكامل الأجرة ثبت للمستاجر حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بخصوص مالم ينتفع به المستأجر بانقطاع الماء[1].

المذهب المالكي :

يفرق المالكية بين نوعين من الإجارة الأول إجارة الأعيان والثاني إجارة الأشخاص .

أمــا الــنوع الأول وهــو إجارة الأعيان كإجارة الدار للسكنى و إجارة السفينة [2] لحمل بضاعة وغــيرها فــإذا غرقت السفينة المستأجرة لنقل بضاعة مثلا فلا أجر للربان إلا إذا تم إنقاذ شيء وحُمــلَ على غيرها فله في هذه الحالة من الأجر بقدر ما انتفع به صاحبه من بلوغه إلى الموقع الذي غرقت فيه السفينة وعليه إذا لم ينقذ منه شيء فلا يستحق ربان السفينة الأجر .

---

[1] .(انظر حاشة ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج٩ص١٠٦-١٠٨ –نتائج الافكار ج٩ص١٤٧)

[2] ــ ابن رشد القرطبي . البيان والتحصيل . ج ٨ ص ٤٩٨

ويترتب على ذلك إذا ما أقام دعواه مطالبا المستأجر بالأجر كان للمستأجر معارضته وإثارة الدفع بعدم التنفيذ استنادا إلى أن الربان لم ينفذ ما اتفق عليه ذلك أن الأصل فيها أن الأجر على البلوغ وحيث لم يتم لم يجب الأجر .

أمـــا إذا أنقذ وحمل منه شيء على غيرها فللمؤجر المطالبة بالأجر الى الموضع الذي أوصلها إلـــيه وإذا طالب بكامل المسمى بالعقد كان للمستأجر إثارة الدفع بعدم التنفيذ بقدر الباقي ومعنى هذا كما أشرت أن الأجرة على قدر الانتفاع فما ينتفع به له الأجرة بخصوصه .

أما إجارة الاشخاص :

فللأجـــير الأجـــرة بقدر ما عمل وسلم فاذا بنى حائطا وقبل تمامه انهدم فله من الأجر بقدر ما عمـــل إن كان بغير فعل منه وعليه فلا يملك المستأجر إثارة الدفع بعدم التنفيذ إذا طالبه العامل بالأجر إلا بخصوص ما لم يف به أما إذا كان بفعل منه فلا أجر له وعليه إذا طالب بالأجر كان للمستأجر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ استنادا إلى أن العامل لم يقم بتنفيذ ما التزم به بموجب العقد تنفيذا تاما[1]

عند الشافعية :

للشافعية قولان .

الأول : أن المستأجر لا يملك إثارة الدفع بعدم التنفيذ إذا طالبه المؤجر بالأجرة إلا بخصوص المعيب الذي لم يستوف المستأجر منفعته أما ما استوفى منفعته فعليه الأجر وذلك استنادا إلى أن الفساد لا يسري بأثر رجعي لان الصفقة وقعت في الابتداء صحيحة ثم ورد الفساد على بعضها فخص به [٢]

---

[1] ـــ الإمام مالك . المدونة . ج ٥ ص ١٧١٥

[2] ـــ الروياني . بحر المذهب . ج ٩ ص ٢٦٩

الثانـي : أن للمستاجر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا طالبه المؤجر بالأجرة ذلك أن المؤجر لم يف بالعقد أي أن المستأجر لم يستوف كامل المعقود عليه .

ومستند هذا القول أن الإجارة تفسخ من بدايتها على اعتبار سريان الفساد إليها بأثر رجعي فإذا وقعت الإجارة على مدة انفسخ العقد بمضي المدة يوما فيوما لأن المنافع تتلف بمضي الزمان فانفسـخ العقـد بمضيه [1] وبناء على هذا القول وجب أجر المثل لأن المنافع المقبوضة صارت مسـتوفاة وعليه يملك المستاجر إثارة هذا الدفع لإيجاب أجر المثل فقط دون المسمى اذا كان له مصلحة [2] ولا بد من التنويه الى أن تعذر تنفيذ العقد أو تعيب التنفيذ له حالتان[3] :

الأولـى : إذا كـان بسبب خارجي مثل فوات المحل (محل العقد) كما لو استأجر طبيبا لعلاج سـنه أو جـرح في جسده فبريء فلا أجر عليه ولا يملك الطبيب المطالبة اذا لم يتفرغ له واذا طالب للمستأجر أن يدفع دعواه المطالبة بالأجر أنه لم ينفذ ما استؤجر عليه أصلا لفوات محله.

الثانـية : اذا كـان بسبب من المستأجر فللمؤجر الأجر وعليه فإذا وجب له الأجر وأقام دعواه مطالـبا بالأجر فلا يملك المستأجر إثارة الدفع استنادا الى تعيب التنفيذ أو تعذره ذلك أن الأجر وجب ولا أثر للعيب الحادث في إسقاط الأجر كله أو بعضه أو إيجاب غير المسمى .

وجـه هذا الراي أن المنفعة تحدث في ملك المستأجر على أن ينعقد الملك صحيحا ، وفي هذه الصورة انعقد الملك صحيحا ولا أثر لما طرأ على المحل في إبطال هذا الملك أو تغيير وصفه ، والملك كما عبر الفقهاء عبارة عن حكم وهو جواز التصرف المخصوص [4]

عند الحنابلة :

يفرق بين أمرين

---

[1] ـ النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٨٠

[2] النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٧٧ الروياني . بحر المذهب . ج ٩ ص ٢٦٩

[3] ـ النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٧٧ الروياني . بحر المذهب . ج ٩ ص ٢٦٩

[4] ـ النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٨٠ الروياني . بحر المذهب . ج ٩ ص ٢٦٦

الأول : أن يكون تعيب التنفيذ أو نقصه بسبب من المؤجر وفي هذه الحالة لا أجر له،[1] وعليه إذا أقــام المؤجــر دعواه مطالبا المستأجر بالأجر كان لهذا الأخير إثارة الدفع بعدم التنفيذ في مواجهــة المدعــي اســتنادا إلى أن المؤجر قد أخل بما ترتب عليه من التزام حيث أنه لم يسلم المســتأجر ما عقد الإجارة عليه فلم يستحق شيئا سواء كانت الإجارة إجارة أعيان مرتبطة بمدة أم إجــارة علــى العمــل و سواء تعيب التنفيذ قبل استيفاء أي جزء من المنفعة أو بعد استيفاء بعضها.

قال ابن قدامة:

(فإن حوله المالك قبل مضي المدة فليس له أجر ما سكن) [2]

الثاني : إذا كان الامتناع عن التسليم أو تعيب التنفيذ بغير فعل المؤجر فله من الأجر ـ والحالة هذه ـ بقدر ما استوفى المستأجر من المنفعة.

فإذا أقام المؤجر دعواه مطالبا المستأجر بدفع الأجر كاملا فللمستأجر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فيما يتعلق بما لم يستوف من المنفعة فقط وبخصوص حصتها من الأجرة [3].

لا يشــترط أن يكــون الامتــناع عن التنفيذ خطأ حتى يمكن التمسك بالدفع حال المطالبة بتنفيذ الالتزام .

تقدم أن الدفع بعدم التنفيذ وسيلة لإجبار الطرف الأخر على تنفيذ التزامه صيانة للعقود وحفاظا علــى الحقوق ما أمكن [4] وعليه فإن مجرد امتناع أحد طرفي الالتزام عن تنفيذ الالتزام المترتب علــيه تجاه الطرف الآخر يخول الأخير الامتناع عن تنفيذ ما وجب عليه من التزام ويمنحه حق

[1] ــ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٦ ص ٢٤ــ

[2] ــ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٦ ص ٢٤

[3] ــــ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٦ ص ٣٤

[4] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٦

التمســك بالدفع بعدم التنفيذ إجبارا للأول على تنفيذ ما وجب عليه من التزام ومحافظة على حق نفســه إذا خشــي عليه سواء كان امتناع الطرف الأول عن خطأ أو جهل أو سبب خارجي منع الملتزم من التنفيذ وهذا يستفاد من نصوص الفقهاء ومن ذلك قولهم :

(فــي كــل حــال قام الأجير كالخباز بالعمل مع التسليم الحكمي فله الأجر وإلا فلا) [١] .

وقال ابن عابدين:

(ويستحق المطالبة بعد التسليم فإذا حبس فلا تسيلم فلا مطالبة) [٢].

وقال الإمام النووي :

(وللــبائع حــبس مبــيعه حــتى يقــبض ثمــنه الحــال أصالة وكذلك للمشتري حبس ثمنه حتى يقبض المبيع الحال كذلك)[٣]

وورد في المدونة :

(..... قلــت أرأيت الخياطين .... ألهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يعطوا أجرهم قال مالك نعم) [٤]

نرى أن الإمام مالكا أجاز التمسك بالدفع مع أن الامتناع عن التنفيذ لم يكن خطأ.

وورد عــند الحنابلة أن حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ثابت لطرفي الالتزام إذا كان الثمن عينا فــأي من طرفي العقد امتنع عن التنفيذ أو نفذ بشكل غير معتبر يثبت للطرف الآخر الحق في التمسك بالدفع استنادا إلى عدم تنفيذ الأول لما وجب عليه من التزام إذا أقيمت الدعوى من الأول مطالبا بتنفيذ الالتزام [٥] .

---

[1] ــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ٢٥ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٤

[2] ـــ حاشية ابن عايدين ج ٧ ص٢٧

[3] ــ النووي . المجموع . ج ٩ ص ٢٢١ أنظر االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١١٧-١١٨

[4] ــ الإمام مالك . المدونة . ج ٥ ص ١٧١٥

[5] ــ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٤ ص ١١٣ ابن رجب . تقرير القواعد . ج ١ ص ٣٥١

مــن النصــوص المتقدمة التي أثبتت الحق في استخدام الدفع بعدم التنفيذ لم نجد أيا من الفقهاء تعــرض إلى خطأ الطرف المخل أو الممتنع عن التنفيذ في تنفيذ التزامه أو جهله أو وجوب أن يكون هذا الامتناع مشروعا ليصار إلى القول بمنح الطرف المقابل الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفــيذ [١] فــدل ما ذكر على عدم اعتبار أي اثر لجهل الممتنع أولا عن التنفيذ أو خطئه على مشــروعية التمسك بالدفع من قبل الطرف المقابل . بل إن مجرد الامتناع أو الإخلال بالتنفيذ دون النظر إلى ما قارن هذا الامتناع أو ما كان سببا فيه[٢] ، يثبت حقا للطرف الآخر بأن يتمسك بالدفع بعدم التنقيذ .

---

[1] ــ أنظر مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٦

[2] ــ إلا إذا كان ناتجا عن فعل المتمسك بالدفع وبسببه .

المطلب السابع : عدم التعسف في استعمال الحق .

حيـــث أن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام حق للمدعى عليه يتمسك به لتفادي الحكم عليه فيما أثـــير بمواجهته من دعاوى و مطالبات وجب على المستفيد منه الوقوف عند حدود الشرع حال استخدامه له وتمسكه به غير متعنت .

فيجـــب على المتمسك به أن لا يسيء استعماله ؛ ذلك ان هذا الشرط – عدم التعسف – موافق للقواعد العامة الأخلاقية الواجبة في تنفيذ الالتزامات ، والذي أمرالشرع الحنيف بها ؛ حيث أن الأصل هو أن كل من وجب عليه حق أداه طواعية ، لما في ذلك من استجابة لأمر الشرع وما فيه من معنى تعبدي هذا من جانب .

ومـــن جانـــب آخر فإن الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ الالتزام نابع من أن هذا الدفع وسيلة لإجبار الطرف الآخر على تنفيذ التزامه المقابل لا لاستخدامه أداة لإعاقة تنفيذ الالتزامات ولا لإلحاق الضرر بالآخرين .

ومن مظاهر التعسف باستعمال الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

أن يكون المتمسك بالدفع هو المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام المقابل ؛ بأن كان الإخلال ناتجا من فعل المتمسك بالدفع كأن يمتنع عن قبول تنفيذ الطرف الآخر بدون مسوغ معتبر ومثال ذلك أن يمنع المؤجر المستأجر من استيفاء المعقود عليه أو يمنع البائع المشتري من قبض المبيع ففي هذه الصور يعتبر إخلال المؤجر والبائع بمحل الالتزام سببا في عدم التنفيذ . ونتيجة لسلوكه هذا وتسببه في عدم استيفاء الطرف المقابل لالتزامه يحرم من الاستفادة من الدفع بعدم التنفيذ .

وكذلك يقال حال إحضار البائع المبيع فيمتنع المشتري عن تسلمه بدون وجه حق

فـــإذا أقـــام البائع دعواه مطالبا بالثمن حرم المشتري من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ استنادا إلى عدم استيفائه ما له من التزام مقابل الثمن ذلك أنه هو المتسبب في هذا التأخير.

ويأتـــي هنا دور المحكمة بإجبار المشتري على قبض المبيع أو قبضه نيابة عنه [1] والحكم عليه بالوفاء للطرف المقابل بما وجب .

ومن الصور التي عرضها الفقهاء والمتسبب فيها بعدم التنفيذ هو الطرف المتمسك بالدفع صورة المؤجر إذا سلم الدار للمستأجر تسليما معيبا كأن ساكنه فيها فيسقط الأجر هنا لتعذر التنفيذ ولا يملـــك المؤجر في هذه الصورة إثارة الدفع بعدم التنفيذ إذا طالب المستأجر المؤجر تسليم العين محل العقد حال عدم النص على تعجيل الأجرة .[2]

ومـــن الصـــور أيضا إذا تقدمت الزوجة بدعوى نفقة فأثار المدعى عليه دفع النشوز ـــــ سعيا لـــتفادي الحكم عليه بطلبها ـــــ وفحواه أنها امتنعت من تنفيذ مقتضى عقد الزواج وتمردت على الطاعة . فإذا كان المتمسك بهذا الدفع هو المتسبب بعدم تنفيذ المدعية لأحكام العقد كأن يكـــون هو المتسبب بضربه لها وإيذائها ، أو أخل بالتزامه تجاهها من حيث إعداده للمسكن المعتـــبر فـــي نظـــر الشرع أو يكون قد تخلف عن تنفيذ الالتزام المترتب عليه بالنسبة للمهر المعجـــل بعـــدم الوفـــاء لها به مما يجعل نشوزها بعذر فهو بهذا يحرم من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ـــ النشوزـــ بصورته السالف ذكرها [3].

ومن مظاهر التعسف باستخدام الدفع كذلك .

إذا أثـــير هـــذا الدفع وكان ما لم ينفذ من الالتزام المستند إليه في إثارة الدفع لا يشكل إلا جزءا يســـيرا من جملة الالتزام لا تؤثر على حق أي من طرفيه ، فهذا الجزء اليسير بالنسبة للكل لا يصح الاستناد إليه لإثارة الدفع بعدم التنفيذ .

ومن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء على ذلك إذا انهدم حائط من عين مستأجرة وسكن المستأجر بالباقـــي فلا يسقط شيء من الأجرة إطلاقا لأن ما حدث لا أثر له على استيفاء المنفعة وعليه

---

[1] ــ االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨٦ النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٨٠

[2] ــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٤

[3] ــ (أنظر ما سيأتي في الفصل الثاني ــ نطاق الدفع ــ الالتزام المتولد عن عقد الزواج)

فلا يملك المستأجر التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام بمواجهة المؤجر إذا ما طالبه بالأجرة لأن العارض لم يمنع استيفاء المعقود عليه .

أمـــا إذا كـــان العـــارض مانعـــا من استيفاء المعقود عليه كما لو أثر هذا الانهدام على استيفاء المســـتأجر لمـــا قصـــده من العقد فإن ذلك يشكل مستندا صحيحا للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ [١] ويترتب على هذا أن يصدر الحكم بصحة الدفع ورد دعوى المدعي .

وفـــي البيع إذا استحق جزء من المبيع أو تعيب وكان المستحق أو المعيب جزءا يسيرا بالنسبة للمبـــيع جمـــيعه لزم البيع عند المالكية ولا أثر للعيب وبناء عليه إذا أقام البائع دعواه مطالبا المشتري الوفاء بالثمن لم يمكن هذا الأخير من إثارة الدفع بعدم التنفيذ استنادا إلى العيب اليسير إلا بحدود ما خصه من الثمن وضابط هذا عندهم أن الكثير ما زاد عن النصف بالنسبة للعروض أما الطعام فالكثير فيه الثلث عندهم وقيل الربع .[٢]

---

[1] ــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٢

[2] ــ مواهـــب الجليل ج ٦ ص ٤١٦ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٩ / وأنظر في ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج ١ ص ٢٤١

الفصل الثاني

أحكام عامة في الدفع بعدم تنفيذ الالتزام

المبحث الأول : صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

المبحث الثاني : وقت إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

المبحث الثالث : أثر الدفع بعدم تنفيذ الالتزام على الدعوى المنظورة حال ثبوته .

المبحث الأول : صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

ســـأتطرق فـــي هذا المبحث إلى تحديد صاحب الحف في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام من خلال تمهيد وثلاثة مطالب

المطلب الأول :

تحديد أولية التنفيذ في المصدر المنشئ للالتزام .

المطلب الثاني :

تحديد أولية التنفيذ وفق ما يقتضيه العرف.

المطلب الثالث :

تحديد أولية التنفيذ وفقا لطبيعة الالتزام .

تمهيد :

يشترط في من له الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام أن لا يكون ملزما بالتنفيذ أولا .

وهذه الأولية في التنفيذ تحدد بإحدى طرق ثلاث :

أولهـــا : بذكر الطرف الملزم أولا بالتنفيذ في المصدر المنشئ للالتزام ، إذا كان هذا المصدر مما يقبل مثل هذا التحديد .

ثانيها : وفق ما يقتضيه العرف ؛ حيث يوجب العرف أحيانا أن يبدأ أحد الطرفين بالتنفيذ أولا . كما في بعض صور الإجارة عند المالكية .

ثالثها : وفقا لطبيعة الالتزام ، على أن لكل التزام طبيعة معينة ، بناء عليها يتم تحديد من يجب عليه البداءة بالتنفيذ [١].

ومن خلال تتبع أقوال الفقهاء في بعض المسائل الفرعية التي منح الحق فيها لأحد الطرفين أو كلاهمـــا فـــي التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، نتمكن من بيان القواعد والضوابط العامة التي اعتمدها الفقهاء في بيان الطرف الذي له الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

[١] ـــ وانظر مجلة الأحكام العدلية مادة ٣٧٩ ، و كذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج ١ ص٢٤١ حول المادة ٢٠٣ منه . وأنظر عبد المنعم حسني ، مدونة التشريع والقضاء في المواد المدنية والتجارية ج ٣ ص ٨

ونؤكد مجددا على أن صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام يشترط فيه أن لا يكون ملـــزما بالتنفيذ أولا ؛ ذلك أن إلزامه بالتنفيذ أولا ــ سواء بالنص على ذلك في المصدر المنشئ للالتزام ، أم كان ذلك وفقا لطبيعة الالتزام ، أم حدده العرف ــ ، يجعل مطالبته لخصمه بالتنفيذ قبل وفائه بما عليه ، مطالبة غير صحيحة ، سابقة لأوانها ، وحيث حكم بعدم صحة مطالبته ، حكم بحرمانه من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؛ ذلك أن حقيقة الدفع بشكل عام ــ من قبل خصم أو متضرر ــ ، ما هو إلا ادعاء في صورة جواب على دعوى المدعي .

ومـــن جانـــب آخر ، فإن حقيقة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام كما تقدم ، هو ادعاء بمشروعية امتناع المتمســـك بـــالدفع ــ المدعـــى علـــيه في الدعوى المقامة ــ ، عن تنفيذ ما عليه من وجائب والـــتزامات ، لامتـــناع مـــن أثير بمواجهته الدفع ــ المدعي ــ عن تنفيذ ما عليه من وجائب والـــتزامات ، ولما كان الدافع غير ملزم بالتنفيذ أولا ، كان امتناعه عن التنفيذ مسوغا شرعا ؛ ذلك أنه لا يجب عليه الوفاء قبل الاستيفاء ، وحيث انعدم استيفاؤه ، شرع امتناعه .

وبهذا فإن صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، إما أن يكون التنفيذ الواجب عليه متزامـــنا مع الاستيفاء الواجب له ، وإما أن يكون التنفيذ الواجب عليه متأخرا عن استيفائه حقه مـــن مقابلـــه . وعلـــيه فسأبحث ما ذكرت من خلال ثلاثة مطالب ، تمثل القواعد الثلاثة التي أشرت إليها في بداية هذا المبحث .

المطلب الأول :

تحديد أولية التنفيذ في المصدر المنشئ للالتزام .

ولا يتصـــور هـــذا الأمر ، إلا أن يكون المصدر قابلا لمثل هذا التحديد ، ولا يكون ذلك إلا في المصادر الاتفاقية ــ التعاقدية ــ . حيث ينص في العقد المولد للالتزام على الشخص الذي يجب عليه التنفيذ أولا .

ففـــي عقـــد البـــيع ، وهو مصدر ينشئ التزامات متبادلة على طرفيه على سبيل التقابل ، تتمثل بوجوب الوفاء بالثمن وتسليم المبيع ، يحق للطرفين الاتفاق على ميعاد تنفيذ كل منهما لما وجب عليه من التزام ، واستيفائه لما وجب له من حق[١] .

وما يقال في البيع يقال في الإجارة [٢] ، بل وفي كل التزام تعاقدي قابل لمثل هذا التحديد .

إلا أن هـــناك من المصادر الاتفاقية التي تولد التزامات تبادلية تقابلية على كل من الطرفين ، لا يصـــح فيها إدخال الأجل ؛ ذلك أن تأجيل أحدهما لما عليه من التزام يكون سببا في إبطال العقد من أصله .

فعقد الصرف يولد التزامات متبادلة ، ومتقابلة على كل من الطرفين ، توجب أن يقوم كل منهما بالتسليم والتسلم بذات الوقت ، وفي مجلس العقد ؛ منعا للربا ، إلا أن إيراد شرط الأجل مبطل له ، وحيث حكم ببطلان المصدر، حكم بانعدام ما تولد عنه من التزام بهذا الاعتبار .

---

[1] ــــ الرملي . نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٠٥ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٤ ص ١١٣ مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٤ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٦ ، وأنظر المادة ٢٨٣ من المجلة .

[2] ــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٣ / أنظر الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٣٤ / الخرشي . حاشية الخرشي . ج ٧ ص / ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٦ ص ١٥

وكما يصح تحديد أولية التنفيذ بالنص عليها في المصدر المنشئ للالتزام ، يصح كذلك تعيين من يجب عليه الوفاء أولا بعد تمام قيام المصدر ، وتولد الالتزام [1] .

فــإذا تــم إبــرام العقد ، وتم تعيين من يجب عليه الوفاء أولا ، أو ترك بلا تعيين ، فإنه يصح والحالة هذه ، إن يعين من يجب عليه الوفاء أولا ، وذلك بصورة منح أجل ، حال قبول الالتزام لمثل هذا الأمر .

هذا وإن إلحاق الأجل بالالتزام يصح ، سواء كان هذا الالتزام متولدا عن واقعة عقدية ، أم عن واقعة مادية بحتة ، فالمانح للإجل يكون بما قام به قد أخر حق نفسه بالاستيفاء ، ــ وهو أمر لا ســلطة عليه فيه ــ ، وأمهل خصمه ، مما يسقط حق المانح في أولية الاستيفاء ، وبالتالي أسقط حقه في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

[1] الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٩ / االنووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٥٩ / ابن مفلح . الفــروع . ج ٨ ص ٣٢٠ وص ٣٥٢ / الدســوقي . حاشــية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٨ــ / النووي . المجمــوع . ج ١٦ ص ٣٤٠ / ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٥ / البغلي . حاشية ابن قندس . ج ٨ ص ٣٥٢

المطلب الثاني :

تحديد أولية التنفيذ وفق ما يقتضيه العرف .

فـــإذا أوجب العرف على أحد طرفي الالتزام أن يبدأ بالتنفيذ أولا ، كان لمقابله الحق في التمسك بـــالدفع بعـــدم تنفيذ الالتزام دون الأول ، وهذا تطبيق لشرط الأولية الواجب توفره في الالتزام الواجـــب على الشخص المثار بمواجهته الدفع بعدم التنفيذ ، فقد يغفل وقت تنفيذ الالتزام ، ومن يجـــب علـــيه التنفـــيذ أولا ، وهنا يتم تحديده وفق ما هو متعارف عليه [1]، فإذا دل العرف على وجـــوب تقديـــم أحد الالتزامين ، حرم من وجب عليه التنفيذ أولا من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، في حين منح هذا الحق للطرف المقابل ، وهذا تطبيق للقواعد الفقهية المتعلقة بمثل هذا الأمر ، ومن ذلك القاعد الفقهية التي تنص على : أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا[2] .

فـــإذا اشتهر العرف بتأجيل أحد الالتزامين ، وجب الأخذ به ، ما لم يتم النص على خلافه ، أو تـــتوجه إليه إرادة المتعاقدين ، أو أحدهما ، وذلك وفقا لمضمون الالتزام ، وعليه فمن كان ملزم عرفا بالتنفيذ أولا فقد حرم من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الطرف الآخر ؛ ذلك أن مطالبته بالاستيفاء قبل الوفاء غير مسموعة .

---

[1] ــ الخرشي . حاشية الخرشي . ج ٧ ص ٢

[2] ــ مجلـــة الأحكام العدلية م ٤٣ ، وقد ذكر في شرح المجلة لعلي حيدر قواعد أخرى منها الثابت بالعرف كالثابت بالنص ، والثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي ، والمعروف بالعرف كالمشروط باللفظ .

المطلب الثالث :

تحديد أولية التنفيذ وفقا لطبيعة الالتزام .

لكل التزام طبيعة معينة ، بناء عليها يمكن تحديد الواجب عليه التنفيذ أولا .
فقعد الزواج يرتب المهر في ذمة الزوج ، ويوجب على المرأة الطاعة، وتنفيذ أحكام العقد ، إلا أن الفقهاء باتفاق قالوا أن الوفاء بالمهر مقدم أولا[1] ، وترتب عليه سقوط حقه في الطاعة إلى أن يقـوم بالوفـاء بمعجل المهر . فإذا ما أقامة الزوج دعوى الطاعة قبل أن يقوم بالوفاء للزوجة بمعجل المهر ، ثبت له حق الامتناع إلى أن يقوم بالوفاء ، بل ولها الحق في النفقة ، وما هذا إلا لأن الوفاء بالمهر مقدم على المطالبة بالطاعة .

وفـي الإجارة ، فقد قال بعض الفقهاء بأن الوفاء بالأجر مقدم ، في حين ذهب البعض بأن القيام بـالعمل مقـدم ، وبـناء عليه يختلف في من له الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الأخر .

ومـن خـلال التتبع لفرعيات فقهية تعلق بها الدفع بعدم تنفيذ الالتزام نجد أنه من الممكن رسم الضوابط والقواعد العامة التي يمكن من خلالها تعيين من له الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالـتزام ،إذا لم ينص على على وقت التنفيذ ، ولم يظهر خطر على حق أحدهما ، وذلك وفق ما يلي[2]:

---

[1] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٨و ٤٨٩ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٢٨٤ وأنظر ص ٢٩٠ / القرافي . الذخيرة . ج ٤ ص ٣٧٣ / الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٧ و ٢٩٩ / النووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٥٩ / النووي . المجموع . ج ١٦ ص ٣٤٠ / المـاوردي . الحـاوي الكبير . .ج ٥ ص ٣٩٠ / ابن مفلح . الفروع . ج٨ ص ٣٢٠ / ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٤١ و ١٧٧ و ج ٧ ص ١٦٣ / البعلي . حاشية ابن قندس . ج ٨ ص ٣٥٢ .

[2] ــ باستثناء عقد الزواج فسيرتك لبيان ذلك في موقعه في الفصل المتعلق بنطاق الدفع .

أولا : في المذهب الحنفي .

١ــ إذا كـــان مضمون الالتزامين المتقابلين إحدهما تسليم عين ، والآخر الوفاء بدين ، متولدان عـــن عقد بيع ، كما في بيع سلعة بنقد ، فإن حائز العين هو من يملك الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الطرف الآخر ، فالأخير هو من يجب عليه الوفاء أولا .

ويعلل فقهاء الحنفية ما ذهبوا إليه بإن هذا مقتضى المساواة ، إذ أن مالك العين وإن لم تكن تحت يـــده فـــإن حقه معين محدد ، أما من وجب له الثمن فإن حقه غير معين ، ولا يتعين حقه إلا بالقبض والتسليم ، فوجب له الحق في الاستيفاء أولا ؛ ليتعين حقه كما هو متعين للآخر حقه .

إلا إذا خشـــي من وجب عليه الوفاء أولا على حقه ، كما لو لم يكن المبيع حاضرا ، فله التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الآخر ، ليتمكن من الاستيفاء بذات الوقت الذي يقوم فيه بالوفاء[1] .

٢ــ إذا كـــان كل من الالتزامين يتمثل بوجوب تسليم عين ، فهنا يحق لكل من الطرفين التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام[٢] .

وعلـــل الفقهـــاء ذلك : بأن كل منهما قد تعلق حقه بالعين ، وعليه فإن مقتضى المساواة التسلم والتسليم في آن معا .

٣ــ إذا كان مضمون أحد الالتزامين تسليم عين ، والآخر تسليم دين ، وقد تولدا عن إجارة عين ، وجـــب التنفيذ على حائز العين أولا ، وعليه يثبت الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام للطرف المقابل ، وذلك بناء على أن الأجرة إذا لم يحدد ميعادها تكون مؤجلة[٣] .

---

[1] ــ انظر الفصل التالي ــ عقد البيع . وانظر المجلة مادة ٢٦٢ وشرحها لعلي حيدر .

[2] ــ انظر المجلة مادة ٢٦٢ و ٣٧٩ وشرحها لعلي حيدر .

[3] ــ انظر شرط حلول الالتزام من هذه الرسالة .

وكذلــك الحـــال إذا كان مضمون أحدهما القيام بعمل ، والآخر تسليم أجر ، فإن من وجب عليه القيام بالعمل ملزم بالتنفيذ أولا دون صاحبه . ووافقهم في هذا الأمر المالكية[1] .

٤ ــ إذا كان مضمون أحد الالتزامين تسليم عين ، والآخر دين ، وقد تولدا عن إجارةعلى عمل أو جعالـــة ، أو رهن ، أو عن واقعة مادية كالإنفاق على الوديعة ، أو اللقطة . فإن من وجب علـــيه الدين ملزم بالوفاء به أولا ، وعليه ثبت الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام لحائز العين دون الآخر ، وذلك بشرط أن يكون حائز العين مستعدا لتسليمها فعلا[2] .

ثانيا: عند المالكية والشافعية والحنابلة .

فقـــد تعددت الأقوال في هذه المذاهب في الالتزامات كافة ، سواء منها ما كان متولدا عن واقعة عقدية ، أم واقعة مادية .

في قول : يجبر من وجب عليه الدين في مقابلة العين ، أن يقوم بالوفاء أولا ، وذلك استنادا إلى المســـاواة . وعليه يثبت الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لحائز العين ، دون من وجب عليه الدين ،

وفي قول ثان : يجبر حائز العين على الوفاء بها أولا ، دون من وجب عليه الدين ، ويعللون ذلك بالحفاظ على العقود واستقرارها ــ إذا ما كان الالتزام متولدا عن عقد ــ ، وعليه يثبت الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام لمن وجب عليه الدين ، دون حائزالعين .

وفي قول ثالث : يجبران على التنفيذ معا .
فيثبت لكل منهما التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الطرف المقابل .

---

[1] ــ انظر شرط حلول الالتزام من هذه الرسالة .

[2] ــ انظر نطاق الدفع من هذه الرسالة ــ في الالتزامات التي ذكرت .

وفـــي قول رابع : أن المدعى عليه دون المدعي ، دون النظر إلى مضمون ما وجب عليه من الـــتزام ، هو من يملك التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وذلك مبني على أن من نفذ التزامه ثبت له مطالبة الآخر ، فلا تصح المطالبة قبل التنفيذ .

أمـــا في الالتزامات الناشئة عن عقد الإجارة المطلق ، فهم يقولون بوجوب الوفاء أولا على المستأجر ، فيقوم المؤجر بالوفاء بما عليه من التزام [1].

وعليه يثبت للمؤجر الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، في مواجهة المستأجر .

وفـــي الإجـــارة على العمل ، يجب للعامل استيفاء ما له من حق أولا قبل تسليمه العين ، إذا كانت طبيعة العمل تجيز للعامل حبس ما تحت يده ، مما عمله أو عمل فيه[2] .

إلا أن أولية التنفيذ وإن حددت وفق ما ذكر ، فإن قيام الخطر على الالتزام يهدم هذه القواعد ، وبالتالـــي يحق لكل من الطرفين التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وسيرد تفصيل ذلك في الفصل التالي .

---

[1] ــ باستثناء المالكية كما تقدم ، وأنظر شرط حلول الالتزام و نطاق الدفع ــ الالتزامات الناشئة عن عقد الإجارة . حيث سيتم بإذن الله تعالى ، بيان دقيق للالتزمات القابلة لإثارة الدفع فيها ، وصاحب الحق في التمسك بالدفع .

[2] ــ أنظر شرط حلول الالتزام و نطاق الدفع ــ الالتزامات الناشئة عن عقد الإجارة .

المبحث الثاني : وقت إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .
وفيه تمهيد وخمسة مطالب

المطلـــب الأول : إثـــارة الدفـــع بعـــدم تنفيذ الالتزام قبل تقديم البينة وبعدها في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بعد الحكم في الفقه الإسلامي .

المطلـــب الثالـــث : إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بعد تقديم البينة في قانون أصول المحاكمات الشرعية .

المطلب الرابع : إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بعد الحكم في قانون أصول المحاكمات الشرعية .

المطلب الخامس : وقت إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في قانون أصول المحاكمات المدنية .

وقت إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام :

تمهيد :

تضـــافرت نصـــوص الفقهاء على صحة إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، قبل إقامة البينة ، وبعدها ، وقبل الحكم ، و بعده [1]. من ذلك ما ورد في حاشية منحة الخالق على البحر الرائق :

" ويصح الدفع قبل إقامة البينة وبعدها وقبل الحكم وبعده حتّى لو برهن عن مال وحكم له فبرهن خصمه أن المدعي أقر قبل الحكم أنه ليس علي شيء وبطل الحكم " [2]

وورد في البحر الرائق شرح كنز الدقائق ما نصه :

" .... ثـــم أعلـــم أن قوله أن الدفع بعد الحكم صحيح مخالف لما قدمناه من أن القاضي لو قضى للمدعي قبل الدفع ثم دفع بالإيداع ونحوه فإنه لا يقبل إلا أن يخص من الكلي فافهم " [3]

وورد عندهم كذلك ما نصه :

" ويصح الدفع بعد إقامة البينة كما يصح بعدها كما يصح قبل الحكم يصح بعده وكما يصح عند الحاكم الأول يصح عند غيره وكما يصح قبل الاستمهال يصح بعده [1]"

---

[1] ــ وذلك حال قيام سبب موجب لإعادة طرح النزاع وبحثه مجددا ، حال إثارته في نفس الدعوى ، وهناك فائدة أشار إليها القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف الشرعية ا برقم ٨٣١٨ يفيد بأن القول بأن الدفع يقبل قبل الحكم وبعده معناه أن الدفع إذا لم يذكر أثناء الدعوى في موضعه فللدافع الحق في إثباته ضمن دعوى جديدة تتعلق به لدى المحكمة . أنظر عمرو ــ عبد الفتاح عايش ، القرارات الاستئنافية ــ أصول محاكمات شرعية ص ٢٠١ .

[2] ــ ابن عابدين . حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ج ٧ ص ٢٩٢ / أنظر ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٢٧

[3] ــ ابن نجيم . البحر الرائق مطبوع مع حاشية منحة الخالق ج ٧ ص ٢٩٢

وورد في جامع الفصولين ما نصه :

" ادعى البراءة واستمهل يومين فلم يأت بالبينة فحكم عليه ثم برهن فالمختار أنه تقبل ويبطل الحكم "[٢]

وورد في المهذب ما نصه :

" ...... فــإن أنكره كان كاذبا في إنكاره وإن أقر به لم يقبل قوله أنه قضاه أو أبرأه منه فسيقر به وإن أنكر الاستحقاق كان صادقا ولم يكن عليه ضرر " [٣]

وعند المالكية ، أورده صريحا ابن جزي بقوله:

" إذا أنكر المدعى عليه إنكارا كليا على العموم ثم اعترف بذلك أو قامت عليه بينة بعد ذلك بالبراءة لم تنفعه أولا وتنفعه إن أتى بوجه له فيه عذر فإن كان قال مالك لي من هذا شيء تنفعه البراءة وكذلك تنفعه إن أتى بوجه له فيه عذر " [1].

---

[1] ــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٢٥ أنظر ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ١ ص ١٨٣

[2] ــ ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ١ ص ١٨٣

[3] ــ الشــيرازي . المهذب ج ٢ ص ٣٩٧ وتمام العبارة " وإن ادعى عليه مالا مضافا إلى سببه فإن ادعى علــيه ألفا أقرضه أو أتلف عليه فقال ما أقرضتني أو ما أتلفت عليه صح الجواب لأنه أجاب عما ادعى علــيه وإن لم يتعرض لما ادعى عليه بل قال لا يستحق علي شيئا صح الجواب ولا يكلف إنكار ما ادعى علــيه من القرض أو الإتلاف لأنه يجوز أن يكون قد أقرضه أو أتلف عليه ثم قضاه أو ابرأه فإن أنكر كان كاذبا .... " ورد هذا النص في الشيرازي . المهذب وفق ما ذكرت وذلك خلال معرض حديث عما يكــون جوابا مقبولا من الخصم ، ووجه استدلالنا بهذا النص أن الإنكار ثم ادعاء الإبراء تناقض مانع من سماع الدفع وهذا قبل البينة فكيف بعدها ، إما إذا كان الإنكار إنكار استحقاق فيكون صادقا في الإنكار وصح دفعه وقبل لعدم التناقض في جواب الخصم . وقد ورد النص ذاته في تكملة النووي . المجموع . في أولا حديــثه عن الدعوى وفي االنووي . روضة الطالبين ج ١٢ ص ٢٠و ٤٤ ــ طبعة المكتب الإسلامي عام ١٤٠٥هــ وفق ١٩٨٥م / أنظر إعلام الموقعين ج ٤ ص ٢٢٦

فهـذا الـنص بين أن الدفع بعد البينة لا يقبل، فبعد الحكم أولا بالرفض ، إلا إذا كان هناك وجه لقبول الدفع ، كما لو أن ما أثير بعد البينة ناقض ما أثير قبلها إلا أن المتمسك بالدفع تمكن

من رفع هذا التناقض [2]. فهذه مجموعة من نصوص الفقهاء ، بينت وقت إثارة الدفع .

إلا أن مـا ذكـره الفقهاء ، من صحة إثارة الدفع وقبوله ، قبل الحكم وبعده ،لا يفهم منه أن للمدعي أن يثير الدفع في أي وقت ، وأن هذا الأمر متروك لهواه وتشهيه ، بلا ضابط ولا قيد ؛ ذلك أن القول بقبول الدفع بعد البينة ، وبعد الحكم ، بشكل مطلق ، فيه إضرار بصاحب الحق ، وإطالـة لأمد المخاصمة ، فكلما فصلت الدعوى أتى المدعى عليه بدفع جديد ، فإذا فصلت جاء بآخـر ، وهكـذا فإذا أوفى ما يتعلق بموضوع الدعوى من دفوع ، انتقل إلى ما يتعلق بالبينة وهكـذا . وهـذا مخالفـة لما استقر، من أن الدعوى إذا فصلت بوجه شرعي لا ينقض الحكم الصادر فيها ولا تعاد [3] .

وعليه : فإن المدقق في نصوص الفقهاء ، لا يمكن أن يتبادر إليه هذا المعنى السالف ، بحال ، وإنما مدلول ما نصوا عليه ،من جواز تقديم الدفع ،وإثارته بعد البينة ، أو بعد الحكم ، ما هو إلا في حال بحيث تكون المرحلة التي وصلت إليها الدعوى ، قابلة لأن يثار فيها الدفع [4] ، وعليه تقبل إثارة الدفع قبل البينة وبعدها ، وقبل الحكم وبعده ، بشرط أن تكون الدعوى في مرحلة قابلة لإثـارة الدفـع ، وبحـثه ؛ ذلك أن الدفع المثار من قبل خصم أو متضرر ما هو في حقيقته إلا دعـوى ، يسعى من خلال طرحها أمام القضاء إلى تجنب الحكم عليه بالدعوى الأصلية ، ورفع مـا أصـابه ، أو منع ما قد يصيبه نتيجة الحكم فيها ، فيشترط لصحة دعوى الدفع ما يشترط

---

[1] ــ ابن جزي . القوانين الفقهية . ص ٣٣١

[2] ــ قـيام التـناقض بين أقوال الخصم له علاقة وثيقة بقبول الدفع من عدمه ومن ذلك تحديد المرحلة التي تكون عليها الدعوى وبيان إمكانية إثارة الدفع فيها أم لا .

[3] ــ مباحث المرافعات ــ الأبياني ص ٤٨ .

[4] ــ لهذا ارتباط وثيق بموضوع التناقض ؛ ذلك أن ما وصلت إليه الدعوى ينبني عليه الحكم بقيام التناقض بين أقوال الخصم .

لصحة الدعوى الأصلية ، ومن ذلك عدم وجود التناقض بين الدفع المثار ، وما صدر عن الدافع من جواب سابق .

أقول ينبغي أن لا يبطل الحكم لو أمكن التوفيق بحدوثه بعد إقراره على ما سيأتي في (فش) [١] حيث قال لم يبطل الحكم الجائز بشك .....".[٢] وعلق على هذا في البحر الرائق وفي حاشية منحة الخالق ما نصه : " قال ـ يقول ـــ أي صاحب جامع الفصولين ـ ينبغي محل نظر لأن ما في (ز)[٣] بناء على اشتراط التوفيق وعدم الاكتفاء بمجرد الإمكان كما مر مرارا " [٤].

فإذا صدر الدفع مناقضا لما سبق وأن صدر من المدعى عليه ، فللفقهاء بقبول هذا الدفع مذاهب ، على اعتبار وجوب رفع هذا التناقض ،أو الاكتفاء بإمكانية ذلك ، وهذا ما يستفاد من عبارات الفقهاء المتقدمة [٥] .

ولفقهاء الحنفية ثلاثة اتجاهات تتعلق بتناقض المدعى عليه في أقواله [٦] .

الأول : لا بد من إزالة التناقض بالتوفيق الفعلي.

الثاني : إن مجرد إمكانية التوفيق تكفي لقبول الدفع.

---

[1] ـ فش: يقصد بها المصنف فتاوى شيد الدين ، من بيان مصطلحات الكتاب الموجود في أوله . ولا أعرف هذه الفتاوى ولم أطلع عليها ـ الباحث .

[2] ـ ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ١ ص ١١٣

[3] ـ ز : بين المصنف مراده من هذا الاصطلاح بأنه الرازي المشهور بالجصاص ، وذلك في بداية الكتاب ، ولا أعرف أن ورد هذا القول للرازي ، الباحث .

[4] ـ ابن عابدين . حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ج ٧ ص ٢٩٣ / أنظر ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٢٧

[5] ـ ابن نجيم . البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧ ص ٢٩٢ / ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ١ ص ١١٣ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٢٥-- ٦٢٧ / العيني . البناية . ج ٧ ص ٧٩ / القوانين الفقهية ص ٣٣١

[6] ـ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٢٣ / أنظر نظرية الدعوى ص ٣٩٨

الثالـــث : إذا كان وجه التوفيق متحدا[1] ، فيكفي إمكان التوفيق ما بين الدفع ، وما صدر قبلا عن المدعى عليه، أما إذا لم يكن وجه التوفيق متحدا، فلا بد من التوفيق الفعلي ليقبل الدفع[2] . كـــأن تقام البينة ، ثم يدفع المدعى عليه بالوفاء ، فإذا قلنا بأن وجه التوفيق هنا واحد ، وهو أنه أوفاه بعد أن ثبت عليه الحق ، يقبل وإن لم يوفق بالفعل ، أما إذا قلنا بأن التوفيق يحتمل أكثر مـــن وجـــه ، فلا بد من أن يوفق فعلا ، بأن يقول الدافع : إنني أوفيته في كذا، بعد أن قامت البينة علي ، أو أنه أبرأني منه بعد قيام البينة .

أما عند غير الحنفية من الفقهاء المسلمين ، فقد قالوا بأن التناقض مانع من سماع الدفع بعد قيام البينة إلا أن يتم التوفيق وإزالة التناقض بالفعل ، ولا يكتفى بمجرد إمكانية التوفيق .

ومن ذلك ما ذكره ابن فرحون :

" إن من ادعي عليه بدين من سلف أو ادعى عليه بقراض أو ادعى عليه بوديعة أو ببضاعة أو رسالة أو رهن أو عارية أو هبة أو صدقة أو بحق من الحقوق فجحد أن يكون عليه البينة بذلك أقر به وادعى فيه وجها من الوجوه يريد إسقاط ذلك عن نفسه لم ينفعه ذلك وإن قامت له البينة على ما زعم أخيرا لأن جحوده أولا إكذاب لبينته فلا تسمع وإن كانوا عدولا وكذا لو لم يقر بل لما جحد قامت عليه البينة فإراد أن يقيم البينة بما يبرئه من ذلك لم تسمع بينته إلا في بعض الوجوه وقد ذكرنا ذلك في باب القضاء بالجحود " [3]

---

[1] ـــ المقصود باتحاد وجه التوفيق : أن لا يكون إلا وجها واحد للتوفيق بين أقوال المدعى عليه .أنظر نظرية الدعوى ص ٣٩٨

[2] ـــ العيني . البناية . ج ٧ ص ٧٩ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٢٣

[3] ـــ . ابـــن فـــرحون . تبصرة الحكام ج ١ ص ١٠٩ أما ما ذكره في القضاء في الجحود فقد ورد في الجزء الثاني الصفحة ٦٢ من هذه الطبعة ونصه : " ..... وأما لو قال ما لك علي سلف ولا ثمن سلعة ولا لك عندي وديعة ولا قراض ولا بضاعة فلما ثبت ذلك قبله بالبينة اقر بذلك وزعم أنه رد الوديعة والسلعة أو غير ذلك مما يدعى عليه أو ادعى هلاكه وأقام على ما ذكر بينة فههنا تنفعه البراءة إن شاء الله تعالى لأن قولـــه ما لك علي شيء يريد في وقتي هذا وأما في الصورة الأولى غذا قال ما أسلفتني ولا أودعتني فليس مثل قوله هنا ما لك علي سلف ـــ "

وجاء في فصل القضاء بالجحود ما نصه :

" ....[١]..... وكذا الحكم إن لم يقر ولكن قامت بذلك بينة عدل فأقام هو أيضا بينة عـدولا على رد السلف أو الوديعة أو القراض أو البضاعة أو الرسالة أو على هلاك ذلك فهو بإنكاره مكذب لذلك كله هذا قول الرواة أجمعين ابن القاسم وأشهب وابن وهب ومطرف وابن الماجشون ... "

وعليه : فإن الفقهاء وإن أجازوا أن يتقدم الشخص بدفعه بعد البينة، فإن ذلك مشترط بعدم قيام التـناقض بين ما ذكره قبل إقامة البينة عليه ، وما ذكره بعدها ، إلا أن يتم التوفيق بين قوليه ،

---

[1] ــ هذا الفراغ هو مكان ذات الكلام الوارد عن ابن فرحون في كتابه التبصرة وقد ذكره مرة في ج١ ص ١٠٩ وأخرى في ج ٢ ص ٦٢ ويليه ما ذكر .

ومنه قوله : " سئل مالك عن رجل بعث معه رجل عشرين دينارا يبلغها إلى من أرسل إليه فلما قراه أو سأله عن الذهب فجحده إياه ثم أنه قدم المدينة فسأله الذي أرسل معه الذهب وقال إني قد أشهدت عليك فقال إن كنـت دفعت إلي شيئا فقد ضاع فقال مالك ما أرى عليه إلا يمينه وأرى هذا من مالك رضي الله تعـالى عنه إنما هو في الجاهل الذي لا يعرف أن الإنكار يضره وأما العالم الذي يعرف أن الإنكار يضره ثم يقدم عليه بعد ذلك فلا عذر له من كتاب الرعيني رحمه الله تعالى " التبصرة ج ٢ ص ٦٢ وقد ورد فـي كتاب نظرية الدعوى للأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين في ص ٣٨٤ ما يفيد بوجود قول ضعيف عند المالكية أن من أنكر حقا ادعاه عليه غيره فأثبته المدعي بالبينة والبرهان فللمدعى عليه أن يدفع بالبراءة من هذا الحق مع أن في ذلك تناقض بين الدفع والإنكار قال ابن سلمون :

(وهـو أقـيس بالأصول العامة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل ما امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه) وعزاه للعقد المنظم للحكام

فقد أجاب عنه في نفس المصدر ابن زمنين ــ قال في العقد : " وهذا إذا أنكر أصل الدين وقال لا أعرفه قـال مالك علي شيء منه فهنا تنفعه البراءة " ابن سلمون . العقد المنظم للحكام ج ٢ ص ١٩٨ يفهم من هـذا الكلام كأن المدعى عليه أنكر قيام الدين عليه ثم لما قدمت البينة دفع بالبراءة مثلا فكأن معنى قوله قبل البينة وبعدها أنه لا دين عليه أصلا ذلك أنه قضاه .

كـــأن ينكر الاستحقاق ،وبعد قيام البينة عليه يدفع بالبراءة ، وما شابه من الدفوع ، التي تسقط الحق حال ثبوتها . فإذا انعدمت إمكانية التوفيق لا يقبل الدفع ولا أثر له على الدعوى ،

وبهذا يفهم مدلول كلام الفقهاء في جواز إثارة الدفع بعدم التنفيذ بعد قيام البينة.
قـــال ابـــن فـــرحون : " وفي المتيطية وإذا كان للمرأة شرط على زوجها في الضرر فضربها وادعـــت أنه ظالم لها فأنكر الضرب جملة فقامت لها به بينة كان لها به الخيار فإن قال بعد ذلك كان لذنب أتته واستوجبت ذلك به لم يقبل قوله لإنكاره أولا[1]"

وجه الدلالة من النص :
فهـــنا منع سماع الدفع (بأن الضرب كان مسوغا ؛ ذلك أنه كان للتأديب) ؛ ذلك أن الدافع أنكر أولا وبعـــد الإثبات خشي الحكم عليه فدفع بما ذكر ، فكان الدفع بعد الإنكار تناقضا فمنع سماع الكلام الأخير .

---

[1] ـــ ابن فرحون . تبصرة الحكام ج ٢ ص ٦١

المطلب الثاني : إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بعد الحكم في الفقه الإسلامي .

لا إشكال في جواز إثارة الدفع بعدم تنفيذ المدعي للالتزام المترتب عليه ، بعد الحكم . إلا أن ذلـــك لا يكون إلا من خلال طرح النزاع ، وبحث الموضوع مجددا. ومن نصوص الفقهاء التي تفيد جواز إثارة الدفع بعد الحكم ما يأتي .

قال في البحر الرائق ".... أنكر دينا وأعطاه الحكم ببينة أو صالحه ثم برهن أن المدعي أقر له قبل الصلح أو الحكم أنه لم يكن له عليه شيء بطل الصلح والحكم "[1].

واعـــترض صـــاحب جامع الفصولين على ذلك بقوله:" ..... ينبغي أن لا يبطل الحكم إن أمكن التوفيق "[2].

وعلل عدم بطلان الحكم ؛ بأن المتمسك بالدفع يشكك بالحكم ، وهذا الشك وإن كان صالحا لمنع الحكم ابتداء ، إلا أنه لا يبرر رفع الحكم ونقضه بعد صدوره [3] .

قـــال في حاشية منحة الخالق :"..... لو أتى بالدفع بعد الحكم في بعض المواضع لا يبطل نحو أن برهـــن بعد الحكم أن المدعي أقر قبل الدعوى أنه لا حق له في الدار لا يبطل الحكم لجواز التوفيق بأن شراه بالخيار فلم يملكه في ذلك الزمان ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فتملكه فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز"[4] .

قال في التبصرة : " فصل في قيام المحكوم عليه بفسخ الحكم عنه وهو على وجوه الأول إن كان قـــيامه علـــى القاضي العادل لم تسمع دعواه .... الرابع أن يأتي المحكوم عليه

---

[1] ـــ ابن نجيم . البحر الرائق ج ٧ ص ٢٩٢

[2] ـــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٢٥

[3] ـــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٢٥

[4] ـــ ابن عابدين . حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ج٧ ص ٢٩٢ – ٢٩٣ / أنظر ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٢٧

ببيـــــــنة لـــــــم يُعلـــــم بهـــــا ففـــــيها ثلاثـــــة أقـــــوال[1] .... "

يفهـــم مـــن النصـــوص المتقدمة جواز إثارة الدفع بعد الحكم ، إلا أن ذلك غير متروك لرغبة المتمســك بالدفع ، ليثيره كيفما أراد ، ومتى أراد ، بل هو مقيد في حالة ما إذا تم طرح النزاع مـــن جديـــد ؛ صيانة للأحكام واستقرار أمور القضاء ، فلا يقبل إثارة الدفع بعد الجواب على موضوع الدعوى ، وتقديم البينة ،وصدور الحكم ، إلا لسبب موجب لذلك كأن يحدث الدفع بعد تقديـــم البينة ـــ ويثار في هذه الحالة في مرحلة التنفيذ ـــ ، أو يستند في الحكم إلى بينة يظهر بطلانها ، أو إلى سبب مخالف للواقع .

قـــال فـــي رد المحتار: " وكما يصح الدفع قبل الحكم يصح بعده وكما يصح عند الحاكم الأول يصح عند غيره وهو المختار إلا في ثلاث مسائل

الأولى : إذا قال لي دفع ولم يبين جهته فلا يلتفت إليه

الثانية : إذا بينه وقال بينتي غائبة عن البلد لم تقبل

الثالثة : لو بين دفعا فاسدا "[2] .

قـــال في جامع الفصولين " ادعى البراءة واستمهل يومين فلم يأت بالدفع وحكم عليه ثم برهن فالمختار أنه يقبل ويبطل الحكم "[3] .

يظهـــر أن ما ذكره صاحب جامع الفصولين ـــ من وجود ما يصح الاستناد إليه في بناء الحكم، إلا أن الخصم لم يتمكن من تقديمه ـــ ، هو أحد أسباب إعادة المحاكمة في القوانين المعاصرة ، ذلـــك أن الدفع لا يكون إلا بعد قيام سبب موجب للبحث في الموضوع ، بعد الطعن في الحكم ، وإلا لـــم يقبل . وهو ما ذهب إليه الشيخ محمد زيد الأبياني ، من أن ما يستند إليه الشخص في

---

[1] ـــ ابن فرحون . ابن فرحون . تبصرة الحكام ج ١ ص ٥٦ ثم قال بعد ذلك في التبصرة " الثامن أن يقول المحكوم عليه كنت قد أغفلت حجة كذا لم يقبل منه ولم ينقض الحكم "

[2] ـــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١١ ص ٦٢٥

[3] ـــ ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ١ ص ١١٣

إثارة دفعه إذا كان خفيا ، ولم يكن بالإمكان الحصول عليه وقت السير في الدعوى ، كان الدفع مقـبولا إذا أثير بعد الحكم ، وصلح سببا لإعادة طرح الموضوع مجددا . أما إذا كان ما يستند إليه الدافع غير خاف ، فلا يقبل منه بعد صدور الحكم ، ولا يصلح لأن يكون سببا لنقض الحكم الأول ، وإعادة بحث الموضوع[1]، وبه قال ابن القاسم من علماء المالكية [2]

قال ابن جزي :

" إذا أنكر المدعى عليه إنكارا كليا على العموم ثم اعترف بذلك أو قامت عليه بينة بعد ذلك بالبراءة لم تنفعه أولا وتنفعه إن أتى بوجه له فيه عذر فإن كان قال مالك علي من هذا شيء تنفعه البراءة وكذلك تنفعه إن أتى بوجه له فيه عذر "[3] .

وقـد يكـون الدفع ذاته سببا من أسباب الطعن في الحكم ، فيكون بهذا مدارا للبحث بعد قبول الطعن، والبحث في موضوع الدعوى مجددا .

وعلـيه فإنـنا نخلص إلى القول بجواز إثارة الدفع قبل البينة وبعدها وقبل الحكم وبعده بشروط هي :

الأول : أن يتضـمن الدفـع المثار ـ حال ثبوته ، ببينة المدعي أو بإقرار خصمه ـ إبطال الحكـم الصـادر في الدعوى ، إذا أثير بعد الحكم ، فإذا لم يكن ما أثير من دفع صالحا لنقض الحكم الأول فلا يقبل .[4]

---

[1] ـ مباحث المرافعات ـ الأبياني ص ٤٨

[2] ـ ابن فرحون . ابن فرحون . تبصرة الحكام ج ١ ص ٨٠

[3] ـ ابن جزي . القوانين الفقهية . ص ٣٣١ ، وفي هذا منع لسماع الدفع قبل الحكم ، فبعده أولى .

[4] ـ وورد فـي الـبحر الرائق شرح كنز الدقائق ما نصه : " .... ثم أعلم أن قوله أن الدفع بعد الحكم صحيح مخالف لما قدمناه من أن القاضي لو قضى للمدعي قبل الدفع ثم دفع بالإيداع ونحوه فإنه لا يقبل إلا أن يخص من الكلي فافهم"

مثاله : من ادعى مالا على آخر، وأثبت دعواه ، وحكم له ، ثم دفع المحكوم عليه الدعوى ، بأن المحكوم له كان قد أقر له قبل صدور الحكم بأنه لا حق له عليه ، وأثبته، يبطل الحكم الصادر أولا . بخلاف ما إذا كان الدفع المثار لا أثر له على الدعوى[١].

الثاني : يشترط لقبول الدفع والبحث فيه ، أن لا يكون هناك تناقض بين الدفع ، وما سبق البينة ، ممـــا صدر عن الدافع ، وهنا لا بد من تجاوز هذا التناقض بالتوفيق الفعلي بين ما صدر عن الدافــع أولا في معرض جوابه على الدعوى ، وبين ما صدر عنه بعد ذلك ، مما كان سببا في قيام التناقض ؛ ليصار إلى اعتماد الدفع .
ومن لوازم هذا الشرط أن تكون المرحلة التي وصلت إليها الدعوى قابلة لإثارة الدفع حتى وإن لم تقدم البينة بعد .

الثالث : إذا أثير الدفع بعد الحكم فلا يقبل ، إلا أن يعاد طرح الموضوع مجددا ، وهذا لا يكون إلا بتوجيه جرح للحكم، حال ثبوته، بكون سببا في إعادة نظر الموضوع مجددا ، [٢]وإلا لم يقبل الدفع بعد الحكم .

ولا يخفـــى أن الدفع الحادث بعد إقامة البينة ، أو بعد الحكم ــ كما لو أثير في مرحلة التنفيذ ــ يســـمع قـــولا واحدا ، ذلك أن من أنكر حقا ، وقامت عليه البينة ، أو حكم عليه، ثم في مرحلة التنفيذ ادعى الوفاء، أو الإبراء ، وذكر تاريخا إما لاحقا لتاريخ تقديم البينة ــ إذا أثير بعد البينة وقبل الحكم ــ أو لتاريخ صدور الحكم ، فإنه دفع مقبول .

---

[1] ــ ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ١ ص ١١٣ " وكما يصح الدفع قبل إقامة البينة يصح بعدها .... حتى لو برهن على مال وحكم له ثم برهن خصمه أن المدعي أقر قبل الحكم أنه ليس عليه شيء لبطل الحكم" وهذا مما له تعلق بالتناقض وعدمه .

[2] ــ للفقهاء آراء متعددة في بيان ما ينقض به الحكم وتعود به الدعوى إلى حالها قبل صدوره ، وليس هذا محل بحثها .

المطلب الثالث : الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بعد تقديم البينة وقبل الحكم في قانون أصول المحاكمات الشرعية .

ويتبادر في هذه الحالة صورتان :

الصورة الأولى : حال حضور المدعى عليه.

الصورة الثانية : حال غياب المدعى عليه .

وفـي هـذه الصورة ، (حال غياب المدعى عليه) لا توجد إشكالية في قبول الدفع ، في أي مـرحلة تكـون علـيها الدعوى ، حيث أن من حق المدعى عليه أن يطلب إعادة ما سبق من إجـراءات أمامه ، بل من واجب المحكمة إعادة تلاوة الإجراءات السابقة على حضوره ، بعقد أن قبلت إدخاله في الدعوى ، وله الحق في منحه فرصة من قبل المحكمة للإجابة على الدعوى ، وهـذه الإجابـة يؤذن فيها للمدعى عليه ببيان أوجه جوابه وإثارة دفوعه كما لو أن البينة لم تقدم[1] .

أما الصورة الأولى : فالمتبادر أن المدعى عليه إما أن ينكر الدعوى ، وإما أن يسكت ، للقول بتكليف المدعي البينة ، وسواء أنكر المدعى عليه الدعوى ، أو سكت عن الجواب ــ وهو إنكار حكمي كما تقدم ــ وأقيمت البينة ، فقد جرى العمل على قبول الدفع والبحث فيه ، بشرط أن لا يكـون هناك تناقض بين الدفع وما سبق البينة ، مما صدر عن الدافع ، وهنا لا بد من رفع هذا التناقض ليصار إلى البحث في الدفع .

إضافة إلى اشتراط أن تكون الدعوى في مرحلة قابلة لإثارة مثل هذا الدفع .

أما الدفع الطارئ بعد البينة ، يسمع من قبل المحكمة الابتدائية بشرط أن يقدم هذا الدفع ويثار في الجلسـة التي تلي حدوثه مباشرة ، وإلا لم يقبل . ومن ذلك ما صدر عن محكمة الاستئناف من

---

[1] ــ المادة ٥٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩ (إذا حضر المدعى عليه الذي تري محاكمته غيابيا جلسة من الجلسات التالية وقدم عذرا مقبولا عن تغيبه تقرر المحكمة قبوله وتعلمه بالإجراءات التي جرت في غيابه ولها أن تكرر هذه الأجراءات في حضوره إذا رأت أن ذلك ضروريا لتأمين العدالة).

قرار يقضي بعدم سماع الدفع الطارئ خلال نظر الدعوى إذا لم يقدم في الجلسة التي تلي قيامه ــ حدوثه مباشرة .[1]

إلا أن هناك اتجاه آخر يقضي بسماعه إذا رأت المحكمة أن في ذلك تحقيقا للعدالة ، وعليه فإنه والحالة هذه خاضع لسلطة المحكمة التقديرية بحيث لا رقابة لمحكمة التدقيق على قرارها .

[1] ــ القرار الاستئنافي رقم إلا أن هناك قرارا يجيز سماع الدفع بهذه الصورة

المطلب الرابع : الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بعد الحكم في قانون أصول المحاكمات الشرعية .

لا إشــكال في جواز إثارة الدفع بعدم تنفيذ المدعي للالتزام المترتب عليه بعد الحكم ، إلا أن ذلــك ـــ كما سبق ـــ لا يكون إلا من خلال طرح النزاع ، وبحث الموضوع مجددا ، وذلك بالطعن في الحكم والاعتراض عليه ، وهو ما نظمته قوانين أصول المحاكمات ، ولذلك ثلاث طرق نصت عليها القوانين .

الأولى : الاعتراض على الحكم الغيابي . ويشترط لقبول الاعتراض من حيث الموضوع ، أن يستند المعترض في اعتراضه إلى دفع مؤثر في الحكم، حال ثبوته.

الثانية : الاستئناف .

الثالثة :إعادة المحاكمة .

وعليه فللمدعى عليه إذا قبل اعتراضه على الحكم ، أن يقدم دفعه أمام المحكمة الابتدائية ؛ ذلك أن مــن شــروط الإعتراض المؤثر في الحكم أن لا يقوم على نفي ما ثبت بالبينة ـــ والمقصود بالنفــي النفــي المجرد ـــ ، وبهذا ، فلا بد من أن يتقدم بدفع حال تقديمه للاعتراض . وكذلك الحـــال له تقديمـــه أمام هذه المحكمة إذا فسخ الحكم من قبل محكمة الاستئناف ، أو أعيد طرح النزاع بطريق إعادة المحاكمة .

أما أمام محكمة الاستئناف ، فلا يملك إثارة دفع موضوعي لم يكن قد تمسك به أمام المحكمة الابتدائية ؛ ذلك أن هذه المحكمة محكمة قانون لا محكمة موضوع [1].

---

[1] ـــ إلا إذا كان الدفع متعلقا بالنظام العام أو صدر الحكم بحق المستأنف غيابيا ولم يطعن في الحكم بطريق الاعتراض . ورد في المادة ١٤٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ـــ الفقرة الأولى : (تفصل محكمة الاستئناف في القضايا المستأنفة تدقيقا دون حضور الطرفين إلا إذا قررت المحكمة الاستئنافية سماع الاستئناف مرافعة ..)

أما إذا كان الحكم غيابيا ولم يتقدم بالاعتراض فله في هذه الحالة تقديم الدفع من خلال استئنافه ؛ وجه ذلك هو حفظ حقه في تقديم كل ما من شأنه أن يجنبه الحكم عليه .

فقبول الدفع بعد الحكم مقيد في حالة ما إذا تم طرح النزاع من جديد ؛ صيانة للأحكام ؛ واستقرارا لأمور القضاء ، فلا يقبل إثارة الدفع بعد الجواب على موضوع الدعوى ، وتقديم البينة وصدور الحكم، إلا لسبب موجب لذلك ، كأن يحدث الدفع بعد تقديم البينة ، أو يستند في الحكم إلى بينة يظهر بطلانها ، أو إلى سبب مخالف للواقع

يضاف إلى ما تقدم : اشتراط أن تكون الدعوى في مرحلة قابلة لإثارة مثل هذا الدفع .

وجاء في المادة ١٤٥ من ذات القانون (لا يجوز للمستأنف إن يضمن لائحته أمورا واقعية لم تكن مدار بحث في القضية المستأنفة كما لا يسمح للمستأنف عليه أن يقدم أثناء المرافعة أسبابا لم يذكرها في اللائحة ما لم تسمح له المحكمة بذلك بناء على أسباب كافية وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تسمع البينة الإضافية وتطلب أية وثيقة أو مستند لم يكن مبرزا في القضية)

المطلب الخامس : وقت إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام أمام المحاكم النظامية [1].

أما في المحاكم النظامية فإن الأمر يختلف عنه في النظام القضائي الشرعي ؛ ذلك أن التحاكم أمام المحاكم الشرعية هو على درجة واحدة أما الاستئناف فهو تدقيق لا بحث في الموضوع كما تقدم .

أمــا المحــاكم النظامية فإن التحاكم أمامها يقع على درجتين هما : الأولى البداية ـــ المحاكم الصلحية و المحاكم الابتدائية ، والثانية الاستئناف . وهاتان الدرجتان محكمتا موضوع ، فيجوز إثارة إي دفع أمام محكمة الاستئناف ، وإن لم يثره الخصم أمام محكمة الدرجة الأولى .
أمــا محكمة التمييز . فهي محكمة قانون ، لا موضوع ، فلا يجوز إثارة أي دفع أمامها لم يكن موضوع بحث أمام محكمة الموضوع .

---

[1] ــ أنطاكي ــ رزق الله ، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ص ٧٣٠و ٧٧٨

المبحث الثالث : أثر الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ـ حال ثبوته ـ على الدعوى المنظورة .

وفيه أربعة مطالب :

المطلـــب الأول : أثر الدفع بعدم تنفيذ الالتزام على الدعوى المتعلقة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقود الفورية والوقائع المادية في الفقه الإسلامي .

المطلـــب الثاني : أثر الدفع بعدم التنفيذ على الدعوى المتعلقة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقود زمنية في الفقه الإسلامي.

المطلـــب الثالـــث : أثر الدفع بعدم التنفيذ حال ثبوته على الدعاوى المتعلقة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقود فورية أو وقائع مادية ، في القانون .

المطلـــب الـــرابع : أثـــر الدفـــع بعدم التنفيذ على الالتزامات الناشئة عن العقود الزمنية في القانون.

تمهيد .

أثر الدفع بعدم التنفيذ :

تقـــدم أن الدفع بعدم التنفيذ يقوم على أساس المساواة وقواعد العدل ، إضـافة إلى اعتباره ضمانا للوفـــاء بالالـــتزام المقـــابل ، وذلك بالمحافظة على استمرار المعارضة الزمنية للمدعي طالب التنفيذ.

وتقدم أن الدفع بعدم التنفيذ لاينهي الالتزام ، وإنما يوقف تنفيذه فقط . كما أن الدفع بعدم التنفيذ يـــثار في الدعوى المتعلقة بتنفيذ الالتزامات سواء منها الناشئ عن علاقة قانونية ـ اتفاقية ـ أم عـــن علاقـــة ماديـــة . والالتزامات الناشئة عن علاقة قانونية منها ما يعد الزمن عنصرا من عناصره ، ومنها ما ليس كذلك .
ويختلف أثر الدفع بعدم التنفيذ باختلاف الالتزام موضوع الدعوى .

المطلـــب الأول : أثر الدفع بعدم تنفيذ الالتزام على الدعوى المتعلقة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقود الفورية والوقائع المادية في الفقه الإسلامي .

اختلفـــت آراء الفقهـــاء فـــي أثر الدفع بعدم التنفيذ على الدعوى المتعلقة بمثل هذه الالتزامات . وأساس الاختلاف قائم على الاختلاف في الحكم الواجب إصداره هل يقف عند حد الحكم بالدفع دون تعـــرض للالـــتزام الواجب على المتمسك بالدفع أم أنه لا بد وأن يصدر الحكم بالدفع وفي الالتزام الواجب على المتمسك بالدفع سواء كان قائما على طلب بالحكم أم لا .

القول الأول : وهو قول الحنفية[1] وقول عند كل من المالكية[2] ، الشافعية[3] ، والحنابلة[4] .

أن أثـــر الدفـــع بعدم تنفيذ الالتزام يظهر بإصدار القاضي حكما بالدفع المثار يتعدى قبوله إلى الحكم بموجبه . وذلك على صورتين :

الأولـــى : إذا أمكـــن إجبار كل من الطرفين على التنفيذ ، فإن الحكم الصادر يكون بإجبار كل منهما على تنفيذ ما عليه من التزام .

ومـــثاله أن يرفع المشتري دعواه مطالبا الحكم له على المدعى عليه بتسليمه المبيع تنفيذا لأحكام العقد . فإذا تمسك البائع (المدعى عليه) بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة المدعي ، إذا كان هذا الأخير مخلا بتنفيذ التزامه متمثلا بعدم الوفاء بالثمن الحال .

---

[1] ــ ابن الهمام . شرح فتح القدير ج ٦ ص١١٩ / االسرخسي . المبسوط ج ١١ ص ١١ / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٨ و ج ٤ ص ٣٩٨ / ابن نجيم . البحر الرائق ج ٤ ص ٣٠٣

[2] ــ الإمام مالك . المدونة . ج ٤ ص ١٢٣ / مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٦ / الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٧ أنظر القرافي . الذخيرة . ج ٤ ص ٣٧٣

[3] ــ االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٤ و ج ٤ ص ٣٨٧ / قليوبي وعميرة . حاشيتا قليوبي وعميرة . ج ٢ ص ٣٤٧ / الغزالي . الوسيط في المذهب . ج ٣ ص ١٥٦

[4] ــ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٤ ص ١١٣ / ابن مفلح . المبدع ج ٧ ص ١٦٤

فــالحكم الصـــادر بـــناء على هذا القول يكون بقبول الدفع ابتداء والحكم بناء عليه على كل من الطرفين بتنفيذ ما عليه من التزام .

الثانــية : إذا لــم يكن بالإمكان الإجبار على التنفيذ ــ كما لو فات محل الالتزام ــ ، فإن الحكم الصادر في هذه الحالة يكون برد الدعوى نهائيا وبإنهاء الالتزام . سواء في ذلك الاستناد إلى انقضاء الالتزام أو تعذر تنفيذه .

قــال في جامع الفصولين (شرى أرضا فيها زرع منتفع به ولم يذكر الزرع في البيع حتى لــم يدخل فيه فسد البيع لعجزه عن تسليم الأرض إلا بضرر فصار كبيع الجذع في السقف ، وأفتى بعضهم أن يكون موقوفا حتى لو قلع الزرع يعود جائزا .... باع أرضا فيها زرع قيل توقــف على المزارع لأنه مستأجر للأرض فلو لم يرده لا يفسخ البيع ويخير المشتري بين تربص وفسخ لعجز البائع عن التسليم)[١].

القــول الثانـــي : وهو قول الحنفية[٢] في حالة واحدة هي أن يكون بيع عين بعين ، قول عند المالكية[٣] ، وقول عند الشافعية[٤] ، وقول عند الحنابلة [٥].

---

[1] ــ ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ٢ ص ٧١

[2] ــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٤ و ٥٤١ و ٥٥٩ / وأنظر الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣٧

[3] ــ الإمام مالك . المدونة . ج ٦ ص ٢١١١ / مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٦ / الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٧ / الخرشي . حاشية الخرشي . ج ٤ ص ٣٠٧ (ومن تبرع أجبر له الآخر)

[4] ــ أنظر النووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١ / معني المحتاج ج ٢ ص ٧٤ و ج ٤ ص ٣٨٨ / الغزالي . الوسيط في المذهب . ج ٣ ص١٥٧

[5] ــ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٤ ص ١١٣

أن الحكـم الصـادر في الدعوى بناء على الدفع بعدم تنفيذ المدعي لالتزامه يكون بقبول الدفع ابـتداء ورد الدعـوى . علـى أن له الحق في إقامتها مجددا بعد أن ينفذ ما عليه وسقوط الدفع بانقضاء مستنده وزواله .

وهـذا معـنى قـول الفقهاء ، أن القاضي يمنعهما من التخاصم إلا إذا قام أحدهما بالتنفيذ أجبر صاحبه
ويهذا فهو رد مؤقت وليس ردا نهائيا . وعليه يمكن تجديد الدعوى بذات الموضوع بعد زوال مستند الدفع [١].

وجه هذا القول أن كلا من طرفي الالتزام ــ طرفي الدعوى ــ ثبت له الاستيفاء وعليه الوفاء ، فلا يكلف الإيفاء قبل الاستيفاء [٢] .

ويعترض عليه بأن في ذلك ترك الناس يتمانعون الحقوق ، ويترتب عليه إشغال القضاء، وإطالة أمـد النزاع ، وعليه فالقول الأول أولى بالقبول ؛ ذلك أن فيه حسم النزاع وقطع أمد التخاصم ، ودرءا لما تقدم من مفاسد عامة .

---

[1] ــ أنظر المراجع السابقة (٢ــ ٥) ذات الأجزاء والصفحات

[2] ــ أنظر قليوبي وعميرة . حاشيتا قليوبي وعميرة . ج ٢ ص ٣٤٧ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٤

المطلــب الثانـــي : أثر الدفع بعدم التنفيذ على الدعوى المتعلقة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقود زمنية في الفقه الإسلامي.

وهنا لا بد من التفريق بين صورتين .

الصورة الأولى : أن تقام دعوى تنفيذ الالتزام بعد مرور الزمن جميعه .
الصورة الثانية : أن تقام دعوى تنفيذ الالتزام حيث بقي جزء من الزمن لم ينقض بعد .

أما الصورة الأولى فإن أثر الدفع بعدم تنفيذ الالتزام يظهر أثره على الدعوى من خلال إصدار الحكم بقبول الدفع أولا ورد الدعوى ثانيا .

وهذا الحكم بالرد حكم نهائي لا يكون للمدعي فرصة تجديد دعواه . ذلك أن الزمن عنصر في الالــتزام وبمــروره ينقضي الالتزام أولا بأول قبل الاستيفاء ، وحيث لا يمكن رده حكمنا برد الدعوى قولا واحدا [١] .

---

[1] ــ البهوتــي . شرح منتهى الإرادات . ج ٣ ص ١٠٣ (وإن حوله مالك أو امتنع من تسليم الدابة في أثــناء المدة أو المسافة أو الأجير على العمل فلا أجرة له) وفيها (... وإن تصرف مالك العين فيها قبل تســليمها إلــيه أو امتــنع منه حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة وإن سلمها إليه في أثنائها انفسخت فيما مضى ووجب أجر الباقي بالحصة منه) / أنظر ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ٢ ص ٢٠٧ (وإن مــات البعير رد الجمال من الكراء مما أخذ بحساب ما بقي وإن كانت الحمولة مضمونة كان عليه أن يأتي بغيرها) / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٧ ص ٤١٩ / النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٧٩ – ٨٠ (إن من استأجر عينا مدة وحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة : أحدها ــ أن تتلف العين قبل قبضها فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه . الثاني ــ أن تتلف عقيب القبض فإن الإجارة تنفسخ أيضا ويسقط الأجر . الثالث ــ أن تــتلف بعد مضى شئ من المدة فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفي من المنفعة ــ .... الثاني أن يحدث ما يمنع النفع كالهدم والغرق فهو مخير بين

فإذا أقام المؤجر دعواه مطالبا المستأجر بتنفيذ ما وجب عليه من التزام وذلك بعدم تسليمه الأجرة ، وتمسك المستأجر بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المدعي مستندا إلى أنه – المدعي – لم ينفذ ما عليه من التزام وذلك أنه لم يسلمه العين المستأجرة في المدة حتى انقضت جميعها ، وبانقضائها سقط الأجر . فالحكم هنا يكون برد الدعوى ذلك أن هذا الالتزام مرتبط بزمن وقد انقضى فانقضى الالتزام المتعلق به فلم يجب بدله .

أما الصورة الثانية * : وهي إقامة الدعوى بعد مضي جزء من الزمن .
فهنا يكون أثر الدفع بعدم التنفيذ على مثل هذه الدعوى بردها بخصوص الجزء الماضي وإجبارهما على التنفيذ في الجزء المتبقي إذا أمكن على قول الحنفية [١] –

أمرين الفسخ وبه عليه أجر ما سبق وإن اختار الإمضاء فعليه جميع الأجر / الإمام مالك . المدونة . ج ٥ ص ١٧١٥ (أرأيت إن استأجرت دارا أو .. أو رحى ماء فانهدم من ذلك ما أضر بالمستأجر ومنعه من العمل أو السكنى فقال المستأجر أنا أفسخ الإجارة وقال رب الدار أنا أبنيها أو أصلحها – فالقول قول المستأجر) / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٩ ص ١٨ (حتى لو استأجرها للكوفة فأسلمها في بغداد بعد المدة فلا أجر ...... ولو استأجرها إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب بعد مضي اليوم بالدابة .. لم يجب الأجر لأنه إنما تمكن بعد مضي المدة) .

*– هذا إذا لم يصدر حكم بالفسخ وإنهاء العقد مسبقا

[١] – ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٩ ص ٢٣ (ولو سلمه العين المؤجرة بعد مضي بعض المدة المؤجرة فليس لأحدهما الامتناع من التسليم و التسلم في باقي المدة إذا لم يكن في مدة الإجارة وقت يرغب فيها لأجله فإن كان فيها وقت كذلك خير في قبض الباقي) ومعنى ما ذكر أنهما لا يملكان الامتناع إذا كان العقد لأجل وقت مرغوب فيه كما هو في بيوت مكة وقت الحج فإذا كان كذلك وانقضى جزء من الوقت المستأجرة لأجله أو جميعه وبقي من المدة شيء يخير المستأجر بين الإمضاء والفسخ ، وإذا كانت استؤجرت لمدة لرغبة فيها لا لأجل وقت معين من الأجارة مرغوب فيه عادة وانقضى شيء من المدة فإنهما يجبران على التسلم والتسليم في الباقي .

إلا إذا كانت الإجارة لوقت مرغوب فيه ومضى فلا وجه للإجبار ــ وقول عند الشافعية[1] .

وفـــي قـــول آخر عند الشافعية فإنه لا إجبار بل يكون الحكم برد الدعوى وهذا مبني على قول عندهم أن طرفي الالتزام لا يجبران على التنفيذ بل يتركان

[1] ــ الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٧ ص ٤١٩ / النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٨٠

المطلــب الثالــث : أثــر الدفع بعدم التنفيذ حال ثبوته على الدعاوى المتعلقة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقود فورية أو وقائع مادية ، في القانون الوضعي .

العقود الفورية هي العقود التي لا يعتبر الزمن عنصرا من عناصرها ، فإذا أقيمت دعوى مطالبة بتنفــيذ الــتزام لا أثــر لعنصر الزمن فيه ، وتمسك المدعى عليه بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة المدعي . فإن هذا الدفع حال ثبوته ينبني عليه أحد أمرين .

الأمر الأول : تمسك المدعى عليه بالدفع بعدم التنفيذ سعيا لتجنب الحكم عليه بموضوع الدعوى مؤقتا .

الأمر الثاني : تمسك المدعى عليه بالدفع بعدم التنفيذ سعيا للحصول على حكم له بموجب دفعه ومطالبا الحكم على الطرف المقابل بتنفيذ ما عليه من التزام .

أمــا الأمر الأول ، وهو التمسك بالدفع لتجنب الحكم عليه مؤقتا . فلا يؤثر الدفع بعدم التنفيذ علــى الالتزام موضوع الدعوى إلا بصورة وقف له وامتناع عن تنفيذه مرحليا فقط ، دون أن يكــون له أدنــى أثر على زوال الالتزام وانقضائه . فيحكم برد الدعوى دون أن يتعرض الحكم لإنهــاء الالتزام ، ودون أن يحرم المدعي المواجه بالدفع من الحق في إقامة الدعوى مجددا إذا اســتوفى أركانها وشرائط إقامتها وأزال مستند التمسك بالدفع بعدم التنفيذ . ويبقى الالتزام قائما صحيحا على ما هو عليه قبل الحكم وقبل الدعوى .

فإذا كان الالتزام المترتب على المتمسك بالدفع يتمثل بوجوب القيام بعمل معين كصناعة آلة ، أو إصــلاحها ، أو إقامة بناء ، فإن المحكمة تحكم برد دعوى المطالب بالتنفيذ ــ حال ثبوت الدفع ــ لحين الوفاء بما عليه من التزام لصالح المتمسك بالدفع ــ إذا كان الالتزام لصالح

المدعـــي علـــيه ــ أو لحين تصحيح ما أخل به من التزام إذا كان هذا الالتزام بأمر مباشر من المشـــرع . علـــى أن له إقامتها بعد ذلك إذا أزال ما يستند إليه المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في إثارته له [١]

وكذلك يقال إذا كان موضوع الالتزام تسليم عين كما هو الحال في الالتزام بتسليم العين الناشئ عـــن عقـــد البيع ، فإذا أقام البائع دعواه مطالبا المشتري بتسليم الثمين ، يثبت للمشتري التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة البائع إذا كان هذا الأخير ممتنعا عن تسليم المبيع ، فإذا أثير فإن المحكمة تحكم برد دعوى المدعي ، معللة حكمها بإخلال المدعي بما عليه من التزام ، وتثبت له الحق في إقامة دعواه مجددا ، وذلك بعد إزالة سبب الرد .

و فـــي الدعاوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن عقد الزواج فإن الأمر لا يختلف عنه في غيره من الالتزامات المتقابلة .

فـــإذا أقامت دعواها مطالبة بالنفقة ــ على اعتبار أنها التزام ناتج عن عقد الزواج واجب على الزوج القيام به ــ حال كونها ناشزا ، يثبت للزوج التمسك بهذا الدفع ويحكم برد دعواها النفقة لإخلالهـــا بما وجب عليه من التزام بالطاعة للزوج ــ متمثلا هذا الإخلال بالنشوز ــ على أن هذا الحكم لا يفقدها حقها بعد ذلك في إقامة الدعوى مجددا إذا نفذت ما وجب عليها من التزام .

وكذلك في دعوى الزوج الطاعة حال إخلاله بما وجب عليه من التزام حال متمثلا بعدم الوفاء بمعجل المهر أو عدم إعداده للمسكن الشرعي ، حيث لها التمسك بهذا الدفع بصورة انشغال ذمته ، أو عدم إعداده للمسكن المناسب في نظر المشرع

---

[1] ــ أنظر السنهوري . الوسيط ج ١ ص ٧٣٦ / الامتناع المشروع عن الوفاء ص ١٧١ / موسوعة العقود المدنية والتجارية ج ٧ ص ٣٤٦

فـــيحكم برد دعواه على أن له الحق في إقامة دعواه مجددا بعد بتنفيذ ما وجب عليه من التزام أولا تنفيذا معتبرا[1] .

أما الثاني : تمسك المدعى عليه بالدفع بعدم التنفيذ سعيا للحصول على حكم له بموجب دفعه ومطالبا الحكم على الطرف المقابل بتنفيذ ما عليه من التزام .

أي أن أثر الدفع على الدعوى يتمثل باقتران الحكم على المدعى عليه ــ المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ــ بوجوب التنفيذ بالحكم على المدعي بتنفيذ ما عليه من التزام .
ولا يترتب هذا الأثر في القانون إلا بأن يطلب المدعى عليه الحكم على المدعي بموجب ما أثير من دفع بعد أن يتم استيفاء الرسم القانوني عن الدفع المثار باعتباره دعوى .
وقد ذهب إلى هذا القول طائفة من الفقهاء كما تقدم [٢]

[1] ــ انظــر مــا هــو قريــب من ذلك في الفقه الإسلامي ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٨ / االنووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٥٩ / النووي . المجموع . ج ١٦ ص ٣٤٠-٣٤١ / ابن مفلح . الفروع . ج ٨ ص ٣٥٢ / البغلي . حاشية ابن قندس . ج ٨ ص ٣٥٢ / ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٥ / القرافي . الذخيرة . ج ٤ ص ٣٧٣ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٧و٢٩٩

[2] ــ االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٥ ص ٣٠٧ / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٨ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٥ ص ٣٠٧

المطلب الرابع : أثر الدفع بعدم التنفيذ على الالتزامات الناشئة عن العقود الزمنية في القانون [1].

العقود الزمنية هي العقود التي يكون الزمن عنصرا مهما فيها .

فالإجـــارة الواقعة على مدة من الزمن عقد تستوفى فيه المنفعة أولا بأول [2] ، وبانعقاد هذا العقد صحيحا يجب تسليم ما وقع عليه العقد دائما مدة الإجارة ، فإذا عرض عارض في بعض المـــدة يمـــنع من الانتفاع تسقط الأجرة بعد ذلك ، وبه فإن الامتناع عن التنفيذ أو تعذره في المرحلة الأولى قبل الوصول إلى القضاء ينهي الالتزام المرتبط بهذه المدة بمرور الزمن . وإذا أثير الدفع بعد ذلك أمام القضـاء فإن الدعوى ترد ردا نهائيا بالنسبة لما تعلق من الالتزام بالزمن الماضـــي ، وتختلف عن العقود الفورية في أن هذه يمكن للمدعي إعادة إقامة دعواه مرة أخرى بشـــروط ، أما في الالتزامات الناشئة عن عقود زمنية فلا يمكن إعادة إقامة الدعوى بموضوع الالـــتزام المـــتعلق بالزمـــن الماضي ذلك أن الزمن عنصر من العناصر فيه وهو مما لا يمكن إعادته.
فـــالحكم في مثل هذه الدعوى والفصل فيها بالرد استنادا إلى الدفع بعدم التنفيذ هو فصل نهائي ورد لا يقبل بعده تجديد الدعوى إلا بتجديد الالتزام .

فـــإذا اســـتأجر دارا مدة معينة وامتنع المستأجر عن الوفاء بالأجرة المعجلة وأقام دعواه في مواجهة المؤجر يطلب فيها الحكم له بإلزام المؤجر تسليم الدار ، وامتنع المؤجر من تسليم العين

---

[1] ــ انظر في ذلك السنهوري ج ١ ص ٨٣٧ نبذة ٥٠١ /الياس ناصيف . موسوعة العقود المدنية والتجارية ج ٧ ص ٣٤٥-٣٤٦ .

[2] ــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٣

محل العقد متمسكا بالدفع بعدم التنفيذ ، فإن الالتزام ينقضي أولا بأول بمرور المدة سواء قلنا باستقرار الأجرة على المستأجر أم لا[1] .

وعلـــيه فإن الحكم الصادر في دعوى المستأجر يكون برد الدعوى بشكل نهائي لا يتمكن بعدها من إقامة الدعوى أمام ذات المحكمة مجددا .

[1] ـــ أنظر الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٩٤ / الروياني . بحر المذهب . ج ٩ ص ٢٦٩ / النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٨٠-٨١ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٩ ص ٢٣ / البهوتي . شرح منتهى الإرادات . ج ٣ ص ١٠٣

تمهيد .

يقصـــد بنطاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، نطاق هذا الدفع من حيث العلاقات التي يمكن التمسك بـــالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة والمتولدة عنها ، وقد تقدم في شـــروط قبول الدفع ، أنه لا بد من قيام علاقة تبادلية تقابلية بين طرفي الالتزام ، ليتسنى القول بمشروعية التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى المتعلقة بهذه الالتزامات .

وخـــلال البحث نجد أن الفقهاء ــ على اختلاف الأراء في ذلك ــ قد أجازوا التمسك بالدفع بعدم تنفـــيذ الالـــتزام ، حال تحقق شروطه وذلك في الالتزامات المتبادلة والمتقابلة الناشئة عن واقعة عقديـــة ، ســـواء كانـــت هـــذه الواقعة العقدية ملزمة للطرفين أم لطرف واحد ، أم كانت هذه الالتزامات ناشئة عن واقعة مادية .

وسأبحث نطاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام من حيث العلاقات التي يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عنها وذلك في مبحثين .

تمهيد .

يقصد بنطاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، نطاق هذا الدفع من حيث العلاقات التي يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة والمتولدة عنها ، وقد تقدم في شروط قبول الدفع ، أنه لا بد من قيام علاقة تبادلية تقابلية بين طرفي الالتزام ، ليتسنى القول بمشروعية التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى المتعلقة بهذه الالتزامات .

وخلال البحث نجد أن الفقهاء ـ على اختلاف الأراء في ذلك ـ قد أجازوا التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، حال تحقق شروطه وذلك في الالتزامات المتبادلة والمتقابلة الناشئة عن واقعة عقدية ، سواء كانت هذه الواقعة العقدية ملزمة للطرفين أم لطرف واحد ، أم كانت هذه الالتزامات ناشئة عن واقعة مادية .

وسأبحث نطاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام من حيث العلاقات التي يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عنها وذلك في مبحثين .

المبحث الأول : الالتزامات الناشئة عن واقعة عقدية .

وفيه مطالب :

المطلب الأول : الالتزامات الناشئة عن عقد البيع .

المطلب الثاني : الالتزامات الناشئة عن عقد الإجارة .

المطلب الثالث : الالتزامات الناشئة عن عقد الجعالة .

المطلب الرابع : الالتزامات الناشئة عن عقد الرهن .

المطلب الخامس : الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج .

المطلب السادس : الالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة .

المطلب الأول : الالتزامات الناشئة عن عقد البيع .

دلت نصوص الفقهاء المجيزين لاستخدام الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى التي موضـــوعها الالتزامات الناشئة عن عقد البيع على حق طرفي الالتزام ـ على خلاف بين الفقهاء في تحديده ـــ في إثارة الدفع والتمسك به حال إقامة الدعوى من قبل الطرف الآخر إذا تحققت شروطه .

فعقد البيع أنشأ التزامات على البائع بتسليم المبيع في ذات الوقت الذي أوجب له على المشتري نقد الثمن . وعليه يثبت للطرف المدعى عليه الحق في الامتناع عن الوفاء بـــالالتزام المترتـب عليه للمدعي وله إثارة الدفع بمواجهته على اعتبار أنه ـــ أي المدعي ـــ لم ينفذ ما ترتــب عليه من التزام أو لم يبد استعدادا حقيقيا لتنفيذ ما وجب عليه من التزام [1].

---

[1] ١ـ قليوبي وعميرة . حاشيتا قليوبي وعميرة . ج ٢ ص ٣٤٥ (وللمشتري قبض المبيع من غيـر إذن البائع إن كان الثمن مؤجلا أو سلمه إن كان حالا لمستحقه وإلا إن لم يسلمه فلا يستقل به .... وعليه إن استقل به الرد لأن البائع يستحق الحبس لاستيفاء الثمن)

أنظر النووي . المجموع . ج ١٥ص ٢٨٧- ٢٨٨ الماوردي . الحاوي الكبيــر . .ج ٥ ص٣٠٦-٣٠٧ و ج ٦ ص ٢٠-٢١ الغزالي . الوسيط في المذهب . ج ٣ ص ١٤٦ االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ٩٨ الخرشي . حاشية الخرشي . ج ٤ص ٣٠٥ الدسوقي . حاشــية الدســوقي ج ٣ ص ١٤٦-١٤٧ (وتقدم أن ضمان المبيع بالخيار من البائع واستثني خمس مسائل ..... إلا السلعة المحبوسة عند بائعها للثمن الحال) مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٤-٤١٥ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٤ ص ١٥ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٣٧٧ (ومنها أن للبائع حبس المبيع حتى يقبض الثمن إذا كان حالا)

صاحب الحق في التمسك بالدفع في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن عقد البيع .

يفرق الفقهاء في عقد البيع بين أن يكون المبيع حاضرا في المجلس ، ومقدور التسليم ، وبين أن يكون غائبا عن المجلس ، كما يفرقون بين أن يكون الثمن عرضا أو نقدا ؛ ذلك أن لكل حالة من هذه الحالات طبيعة خاصة ، ينبني عليها القول بصحة التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام من عدمه .

الفرض الأول : أن يكون بيع عين بنقد .
وذلك على صورتين

الصورة الأولى :
أن يكون المبيع حاضرا مقدور التسليم .
تعددت أقوال الفقهاء في تحديد الطرف الملزم بالتنفيذ أولا ، حال خلو العقد عن شرط يحدد ذلك الطرف .

القول الأول :
يلزم المشتري بالتنفيذ أولا .
وهو قول الحنفية [1]، وقول عند المالكية [2] أخذ به ابن القاسم .

---

[1] ـــ االسرخسي . المبسوط ج ٣ ص ١٩٢ / الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٤٩ / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٦ –١٧ / أنظر مجلة الأحكام العدلية م ٣٧٩

[2] ـــ مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٦ / الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٧ (إذا تنازع البائع والمشتري في التسليم أولا بأن قال البائع للمشتري لا أدفع المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري للبائع لا أدفع الثمن حتى أقبض المبيع يجبر المشتري على تسليم الثمن) .

وقول عند الشافعية[1]، وقول الحنابلة في حالة واحدة هي : إذا خاف البائع إعسار المشتري بالثمن ، أو تعذر وفائه[2] .

ويترتب على هذا القول : أن المشتري فقد حقه في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في هذه الصورة ، في حين يثبت هذا الحق للبائع .

و يفهم من عبارات الفقهاء ، أن دعوى البائع مطالبة المشتري بالتسليم صحيحة ، وإن لم يكن المدعي قد وفى بما عليه من التزام ، فامتناعه عن التنفيذ يعد مشروعا ، ولا يقدح في صحة دعواه مطالبته الطرف المقابل بالتنفيذ .

أدلة هذا القول :

١ـ أن البيع عقد معاوضة . والمساواة في المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادة ، وحيث أن حق المشتري في المبيع متعين بالعقد ، في حين أن حق البائع لم يتعين ؛ ذلك أن الثمن في الذمة ولا يتعين إلا بالقبض . وحتى يتعين حق كل منهما تحقيقا لمبدأ المساواة ؛ كان لا بد من إلزام المشتري بالتنفيذ أولا .[3]

٢ـ ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله : (الدين مقضي) [4].

---

[1]ـ االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٦ ص ٢١ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٣-٧٤ / الروياني . بحر المذهب . ج ٣ ص ١٥٦ / المحلي . كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين . ج ٢ ص ٣٤٥ / النووي . المجموع . ج ٩ ص ٢٧٠

[2]ـ الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٣

[3]ـ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٣ ص ٢٣٧ / االسرخسي . المبسوط ج٣ ص ١٩٩ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٦ ص ٢١ / الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٤

[4]ـ تخريج الحديث . مسند الإمام احمد ، رقم الحديث ٢٢٥٠٧ . / البيهقي ج ٦ ص ٨٨ رقم ١١٢٥٤ . / ابن ماجه ج ٢ ص ٨٠٤ رقم الحديث ٢٤٠٥ .

وجه الدلالة : أن الثمن باعتباره وصفا في الذمة، يعد من قبيل الديون ، وقد ورد أنه مقضي ، عاما أو مطلقا . فإذا قلنا بتأخير تسليم الثمن عن تسليم المبيع، لم يكن هذا الدين مقضيا وهـذه مخالفة للحديث [١].

٣ــ استدل الحنابلة لما ذهبوا إليه: بأن البائع ، إنما رضي ببذل المبيع بالثمن ؛ فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه ــ وهو الثمن ــ ، وحيث خشي البائع على حقه ؛ ثبت لـه الطلب من المشتري التنفيذ أولا وإلزامه به [٢].

٤ــ القياس على الرهن : فكما أن الراهن ملزم بالوفاء بما عليه من التزام أولا ، فكـذلك على المشتري الوفاء بما عليه من التزام أولا ؛ ذلك أن المبيع في يد البائع كالرهن في يد المرتهن [٣].

القول الثاني :

أن البائع ملزم بالتنفيذ أولا .

وهو قول عند المالكية[٤] أخذ به ابن القصار ، وقول عند الشافعية [٥]، والحنابلة[٦].

ويترتب على هذا القول . أن المشتري هو من يملك إثارة الدفع بعدم التنفيذ .

---

[1] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٤٩

[2] ــ الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٤

[3] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٧

[4] ــ مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٦

[5] ــ االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١ / الرملي . نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٠٥ / الماوردي . الحاوي الكبير . . ج ٥ ص ٣٠٨ أنظر حاشية أبي الضياء الشبراملسي المطبوع مع الرملي . نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٠٥ وقد رجح الماوردي هذا القول .

[6] ــ الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٣

ويفهم من هذا : أن دعوى المشتري مطالبة البائع بالتنفيذ صحيحة ، وإن لم يكن المدعي قد وفى بما عليه من التزام ، وعلى هذا فامتناع المشتري عن التنفيذ يعد مشروعا ، ولا يقدح في صحة دعواه مطالبته الطرف المقابل بالتنفيذ . قبل أن يكون هوقد وفى بما عليه من التزام .

أدلة هذا القول :

١ــ أن حق المشتري تعلق بالعين ، وحق البائع تعلق بالذمة ؛ فيقدم ما تعلق بالعين على غيره من الديون [١]، قياسا على الرهن ، فالدين الذي به الرهن يقدم على ما في الذمة [٢].

٢ــ أن البائع يملك التصرف في الثمن وهو في الذمة قبل القبض ، فهو يملك الحوالة ، والاعتياض . أما المشتري فلا يملك حق التصر ف في المبيع قبل قبضه ؛ رعاية لحق الشرع . فوجب أن يجبر البائع على التنفيذ أولا ، ليتمكن المشتري من التصرف في المبيع تحقيقا لمبدأ المساواة [٣] .

٣ــ أن المشتري يتوقع الفسخ بتلف المبيع ، وهو أمر محتمل ، بخلاف البائع ؛ حيث أنه في مأمن من ذلك لترتب الثمن في الذمة.

٤ــ أن الملك في عقد البيع انتقل بمجرد العقد : حيث يملك المشتري المبيع المعين بمجرد صدور العقد ، ويملك البائع الثمن المترتب في الذمة ــ أي غير المعين ــ . فيجبر البائع على تسليم ملك الغير أولا ، ولا يجبر المشتري على تسليم ملك نفسه لعدم تعلق الثمن بما في يده . [٤]

---

[1] ــ النووي . المجموع . ج ١٣ ص ٨٤و ٨٦ / الروياني . بحر المذهب . ج ٣ ص ١٥٦ / المحلي . كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين . ج ٢ ص ٣٤٦

[2] ــ الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٣ / وانظر قواعد ابن رجب ج ١ ص ٣٥٠

[3] ــ النووي . المجموع . ج ١٣ ص ٨٤و ٨٦ / الروياني . بحر المذهب . ج ٣ ص ١٥٦ / المحلي . كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين . ج ٢ ص ٣٤٦ / أنظر قليوبي وعميرة . حاشيتا قليوبي وعميرة . ج ٢ ص ٣٤٥-٣٤٦ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٧٤-٧٥

[4] ــ قليوبي وعميرة . حاشيتا قليوبي وعميرة . ج ٢ ص ٣٤٦

٥ــ أن القبض لا بد منه لاستقرار العقد ؛ فوجب إجبار البائع على التنفيذ أولا ليستقر العقد[1] .

القول الثالث :

يجبر المتقدم بالدعوى على التنفيذ أولا ، سواء كان المتقدم بالدعوى البائع ، أم المشتري .

ويترتب على هذا القول : أن المدعى عليه دون المدعي ، هو من يملك التمسك بالدفع بعدم التنفيذ . فإذا أثار المدعى عليه الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المدعي لا يملك هذا الأخير التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المدعى عليه ــ بصورة دفع لدفعه ــ .
وهو قول عند المالكية[2] وقول عند الشافعية[3] .

ورد في مواهب الجليل قوله " يقول الحاكم لهما من أحب منكما أن أقضي له على صاحبه فليدفع إليه " [4]

أدلة هذا القول :

١ــ أن البيع عقد معاوضة ، يقتضي حفظ العوضين . وليس أحدهما أحق من صاحبه ــ في رعاية مصلحته وإجبار قبيله على التنفيذ أولا[5] ــ .

---

1 ــ الماوردي . الحاوي الكبير . . ج ٥ ص ٣٠٨

2 ــ مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٦ أنظر الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٧

3 ــ الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٥ ص ٣٠٧ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٤

4 ــ مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٦

5 ــ الماوردي . الحاوي الكبير . .اكبير ج ٥ ص ٣٠٨ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٤

فلكل واحد من البائع والمشتري حق إيفاء واستيفاء ، ولا سبيل إلى تكليف أحدهما بالإيفاء قبل الاستيفاء . ومن أراد منهما الاستيفاء كان عليه أن يقوم بالوفاء ابتداء .

القول الرابع :

أن كل من طرفي العقد ملزم بتنفيذ العقد بذات الوقت . فيثبت لكل واحد منهما الاستيفاء بذات الوقت الذي يجب عليه به الوفاء .

وهو قول عند المالكية[١] وقول عند الشافعية[٢]

ومقتضى هذا القول أن القاضي يتولى تنفيذ العقد ، وذلك بالقبض من الطرفين والتسليم لهما . سواء قام بالاستيفاء والوفاء بنفسه أو بغيره ، كأن يأمرهما بالوضع عند عدل .

وهذا مبني على أن للقاضي التدخل في تنفيذ العقد بما له من سلطة وإلزام .

أدلة هذا القول :

أن العدل والمساواة بين طرفي العقد يوجب أن يتولى القاضي تنفيذ العقد بنفسه أو بغيره ؛ على اعتبار أن مقتضى العقد المناجزة في الثمن والمثمون ، وأن التأخير فيهما أو في أحدهما لا يكون إلا بشرط أو عادة [٣] .

أما القانون المدني فقد أخذ برأي الحنفية في ذلك ، وجعل الأولوية في التنفيذ على المشتري لا البائع ، في الصورة المذكورة ، متابعا في ذلك مجلة الأحكام العدلية .

الصورة الثانية :

أن يكون المبيع غائبا ، أو متعذر التسليم لانشغاله بحق الغير .

---

[1] ــ مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٦

[2] ــ الماوردي . الحاوي الكبير . . ج ٥ ص ٣٠٨ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٤ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨٢

[3] ــ مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٦ / أنظر الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٤٧ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ص ٣٠٨ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١

يلزم البائع بإحضار المبيع أولا إلى المجلس أو يجعله مقدور التسليم ، ولا يحق له مطالبة المشتري بالثمن قبل ذلك .

وبهذا يثبت للمشتري الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة البائع إلى أن يتم إحضار المبيع ، أو إلى أن يكون مقدور التسليم إذا أقيمت الدعوى من قبل البائع مطالبا المشتري بالتسليم لما تقدم من أنه لا يحق له أصلا المطالبة باستيفاء الثمن .

ومن نصوص الفقهاء في ذلك : (إذا باع دارا ولم يسلمها إلا باللفظ ثم امتنع المشتري عن تسليم الثمن كان له ذلك)[١].

وبه قال الحنفية [٢] والشافعية [٣].

أدلة هذا القول :

١ــ أن المساواة التي هي حكم العقد ، تتعذر حال غياب المبيع ، وبتقديم حق البائع وتأخير حق المشتري تنتفي هذه المساواة .

٢ــ أن المبيع عرضة للهلاك ، وبهلاكه قبل التسليم يكون من ضمان البائع ؛ فيسقط الثمن ولا يجب ، وبهذا لا يؤمر المشتري بالتنفيذ ، إلا بعد أن يكون المبيع حاضرا أو مقدور التسليم .

---

[1] ــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٦ –١٧

[2] ــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٦ –١٧ / االسرخسي . المبسوط ج ٣ ص ١٩٢ / الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٤٩

[3] ــ أنظر الماوردي . الحاوي الكبير . ج ٥ ص ٣٠٨ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨٢ وما بعدها و الروياني . بحر المذهب . ج ٣ ص ١٥٦والقاعدة عند الشافعية المستفادة من تتبع أقوال الشافعية أن كل ما من شأنه أن يشكل خطرا على حق أي منهما كان لمن خشي الخطر الحقيقي على حقه أن يمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام .

ولا يتبادر وجوب قياسه على الرهن ، حيث يؤمر الراهن بالوفاء بالـدين أولا وإن لـم يكـن المرهون حاضرا في مكان التسليم ؛ ذلك أن البيع عقد معاوضة فتجب فيه المساواة ، أما الرهن فهو عقد غايته توثيق الحق لا المعاوضة أصلا[1] ، كالوديعة ، وبهذا لم يكن الدين عوضا عـن الرهن.[2]

الفرض الثاني :

أن يكون بيع عين بعين .

وفيه قولان :

القول الأول :

في هذه الحالة يجب عليهما التسليم معا ولا يجبر أحدهما على التنفيذ أولا . بل عليهما التنفيذ معا ، وعليه يثبت لكل منهما الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الآخر؛ ليصـل إلـى إلزامه بالتنفيذ بذات الوقت الذي يقوم هو بالتنفيذ فيه .

وهو قول الحنفية[3] ، وقول الشافعية[4]، وقول عند الحنابلة [5] .

أدلة هذا القول :

١ــ أن المساواة في عقود المعاوضات مطلوبة المتعاقدين عادة ، وتتحقق المساواة هنا بالتسـليم معا ؛ لثبوت حق لكل منهما مماثل لما للآخر .

---

1 ــ فهو عقد بعضه أمانة أنظر ابن مفلح . المبدع ج ٤ ص ١١٤

2 ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣٨

3 الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣٨و ٢٤٤ / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧

4 ــ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٥ / الماوردي . الحاوي الكبير . ج ٥ ص ٣٠٩ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١

5 ــ الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٣

٢ــ أن حق البائع تعلق بعين الثمن ، كما تعلق حق المشتري بعين المبيع ، فاستويا. وبهذا فإن تسليم المبيع مستحق بالعقد ، كما هو تسليم الثمن ؛ فيجبران على التنفيذ معا [١] ، وليس أحدهما أولى بالتسليم من الآخر ؛ ذلك أن كل منهما بائع ولكل منهما مبيع . [٢]

القول الثاني :

أن البائع يجبر على تسليم المبيع أولا . وهو قول الإمام أحمد بن حنبل [٣]رحمه الله .

وبهذا يثبت للمشتري دون البائع حق التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؛ على اعتبار ما تقدم من أن البائع يجبر على التنفيذ دون المشتري .

وجه هذا القول :

أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه ؛ فكان تقديمه أولى . بخلاف الرهن؛ حيث لا يتعلق به مصلحة عقد الرهن [٤].

الترجيح :

بالتدقيق في أقوال الفقهاء نجد أن ما تتمثل به المساواة أمر مختلف فيه بينهم ، والحق أن المساواة بين طرفي العقد تتمثل بوجوب تسليم كل منهما ما في يده ، بذات الوقت الذي يتسلم

---

[1] ــ الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٣ / أنظر قواعد ابن رجب ج ١ ص ٣٥٠

[2] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣٨و ٢٤٤ / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧

[3] ــ الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٣ / قواعد ابن رجب ج ١ ص ٣٥٠

[4] ــ الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٣ / قواعد ابن رجب ج ١ ص ٣٥٠ / ولا يختلط الأمر بالنسبة لما يجب فيه التقابض قبل فض المجلس ــ على اختلاف بين الفقهاء في ذلك ــ والذي يترتب عليه بطلان البيع كما هو الحال في الصرف ، فامتناع أحد المتعاقدين في الصرف عن تنفيذ ما عليه من التزام يؤدي إلى بطلان العقد ، وعليه فالدافع هنا إذا ما أثار دفعا يتعلق بالتسليم من عدمه فأصله دفع بالبطلان وزوال الرابطة العقدية الناتجة عن عدم التنفيذ ، لا دفعا بعدم التنفيذ .

ما له ، فكما أن الحكم في البدلين ثبت لهما معا بمجرد العقد ، وجب أن يتم التنفيذ بذات الوقت ، فالمساواة تقتضي رعاية جانب كل من الطرفين ، فيجب أن يحظى كل منهما بذات القسط من الرعاية من قبل المشرع ، وقد وجد هذا في إثبات الحكم في البدلين ، والأولى أن تتم هذه الرعاية بأن يكون التنفيذ متزامنا بينهما .

كما أن الغاية التي أشار إليها الفقهاء من هذا الدفع هي الحث على التنفيذ ، والقول بوجوب التنفيذ على أحد الطرفين أولا دون الآخر ، يعدم هذا القصد ؛ ذلك أن من استوفى أولا قد يماطل الآخر في الوفاء بحقه ، مما يدفع الآخر إلى المطالبة بالحق، ويسعى للحصول على حكم به ، ومن ثم تنفيذه ، في وقت قد يكون الخصم قد تصرف فيما تسلمه ، وقد يتعذر على المحكوم له الاستيفاء ، وفي هذا هدر لحقه ، الواجب الرعاية ، إضافة إلى أنه لا داعي للتفريق بين صور البيوع ، ذلك أن الحق الثابت للمشتري بالثمن ، ثابت له حال بيع العين بالعين ، لكل ما تقدم وتمسكا بالمبدأ الذي يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، أميل إلى ترجيح القول الملزم للطرفين بالتنفيذ في ذات الوقت ، والذي يثبت بناء عليه لكل من الطرفين التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وذلك في كل صورة من صور البيع المتقدمة .

رأي القانون المدني الأردني :

اعتبر القانون أن الوفاء يجب أولا على المشتري ، أي أن علي المشتري الوفـاء بـالثمن قبـل المطالبة بتسليم المبيع ، وذلك في المادة ٥٢٢ منه ، وذلك إذا كـان بيـع عـين بنقـد ، إلا أن للمشتري التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة المشتري في حالة قيام خطر يخشى منـه المشتري على حقه ، وبين ذلك في المادة ٥٢٨ وذلك حال رفع دعوى استحقاق تتعلق بالمبيع ، وبين أن دعوى الاستحقاق هذه إذا رفعت وكان المدعي مستندا في أقامته لهذه الدعوى إلى حق سابق على البيع ، أو آيل إليه من البائع ، فإنه يحق للمشتري الامتناع عن تسليم الثمن للبائع [١] .

والأولى بالقانون أن يمنح هذا الحق لكل من طرفي العقد ، لا أن يمنحه للبائع دون المشتري .

---

[١] ـــ وأنظر في ذلك معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، ج ٣ ص ٤٦٠ وما بعدها . طبعة مكتبة عالم الفكر والقانون .

المطلب الثاني : الالتزامات الناشئة عن عقد الإجارة :

النوع الأول : إجارة الأعيان والدور (العقار) وما شابه .

اتفق الفقهاء على أن للطرفين تحديد ميعاد حلول الأجرة فلهما الاتفاق على تعجيل الأجرة وعلى تنجميها ويحدد ميعاد كل نجم وما يخصه من الأجرة ولهما الاتفاق على التأجيل في غير الحالات التي نص المالكية والشافعية على وجوب تعجيل الأجرة فيها[١] وعليه فإذا وجبت الأجرة قبل استيفاء المستأجر المنفعة فللمؤجر الامتناع عن تسليم العين للمستأجر متمسكا بالدفع بعدم التنفيذ استنادا إلى أن الطرف الأول ــ المستأجر ــ قد أخل بما وجب عليه من التزام فإذا طالب المستأجر المؤجر بتنفيذ العقد وتسليم العين محل العقد كان للمؤجر أن يمتنع عن التسليم وحق له التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام [٢]

وبه أخذ القانون المدني حيث نص صراحة في المادة ٦٧٨ منه على أن " للمؤجر أن يمتنع عن تسليم المأجور حتى يستوفي الأجر المعجل " .
بما أن للمؤجر الامتناع عن تسليم المأجور إلى أن يتم استيفاء الأجر المعجل ، فقد ثبت له الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المستأجر .

وكذلك قرر الفقهاء أن المستأجر عينا مدة وحيل بينه وبين الانتفاع بها فإن الإجارة تنفسخ فيما مضى من المدة أما ما بقي منها فإذا استوفى المستأجر المنفعة كان عليه بقدر حصتها من

---

[1] ــ ابن رشد . بداية المجتهد . ج ٢ ص ٣٨٦[1] ــ ابن رشد القرطبي . البيان والتحصيل . ج ٨ ص ٤١٠ ــ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٠٩ و ٣٣٤ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٣ (تستحق الأجرة بأحد معان ثلاثة ، بشرط التعجيل وبالتعجيل أو باستيفاء المعقود عليه)ــ الخرشي . حاشية الخرشي . ج ٧ ص ٢[1] ــ الروياني . بحر المذهب . ج ٩ ص ٢٦٧ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٣ .

٢ــ أنظر النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٧٧ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٧ ص ٤٧

الأجرة [1] ؛ ذلك أن المعقود عليه منافع وقد استوفي بعضها دون بعض لتلفه قبل قبضه فبطـل العقد فيما تلف دون ما قبض وعليه يقسط الأجر المسمى على قيمة المنفعة كقسمة الثمن علـى الأعيان .

وفي كل حال امتنع المؤجر عن تسليم العين للمستأجر ، ملك المستأجر حق الامتناع عـن الوفاء بالأجرة ففي كل حال وجب فيها على أحد الطرفين الوفاء بما التزم به أولا كان للطرف الآخر أن يمتنع عن الوفاء لامتناع الطرف الأول وإذا ما أقيمت الدعوى من قبل من وجب عليه التنفيذ أولا في مواجهة من وجب عليه التنفيذ تاليا سعيا لتنفيذ الالتزام ثبت لهذا الأخير الادعاء بمشروعية امتناعه ، سعيا لإجبار الطرف الأول ــ المدعي ــ على تنفيذ ما وجب عليـه مـن التزام .

أما القانون المدني فقد ورد فيه بأن الفوات الكامل للانتفاع بالمأجور تسقط به الأجرة من وقـت فوات الانتفاع ، وإذا كان فوات المنفعة جزئيا ، إلا أنه مؤثر في استيفاء المنفعـة المقصـودة ، وقام المؤجر بإزالة السبب المؤثر في استيفاء المنفعة فيسقط من الأجر بمقدار ما فات من المنفعة ، وبهذا ثبت له التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الطرف الآخر في الدعوى المتعلقة بالالتزام الناشئ عن هذا العقد وفق ما تقدم[2] .

النوع الثاني : الإجارة على العمل .

فالقاعدة إنه إذا اشترط تعجيل الأجر ، أو ثبت وجوب تعجيله بالعرف ، أو بإلزام الشرع . كان للعامل الامتناع عن القيام بالعمل ، استنادا إلى إخلال رب العمل بالالتزام المترتـب عليـه تجاه العامل .

---

[1] ــ النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٨٠ / الروياني . بحر المذهب . ج ٩ ص ٢٦٩

[2] ــ أنظر المادة ٦٩٧ و ٦٩٨ من القانون المدني .

أما إذا قام العامل بالعمل فهل له الامتناع عن تسليم العين لرب العمل، إذا ما أقام هـذا الأخيـر دعواه في مواجهة الأول مطالبا بالتسليم ؟ فهل تعتبر الإجارة في هذه المرحلة محـلا قـابلا لإثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام والتمسك به ؟ .

ينبني ذلك على بيان نوعي هذه الإجارة عند الفقهاء .

النوع الأول : ما كان من العمل يشكل عينا .

الثاني : ما لا يشكل عينا .

أما النوع الأول فللفقهاء فيه أقوال :

القول الأول : أنه لا يجوز للعامل الامتناع عن التنفيذ ، ولا يحق له الامتناع عـن تسـليم مـا عمل ، استنادا إلى إخلال مقابله بما وجب عليه من التزام . والمتمثل بوجوب الوفاء بـالأجر . وهوما قال به الإمام زفر[1] رحمه الله ، وأحد القولين عند الشافعية [2] ، وهو قول الحنابلـة فـي حالة واحدة : وهي ثبوت غنى رب العمل وعدم فلسه[3] .

أدلة هذا القول :

١ـ إن محل العقد أمانة ، في يد العامل ، وليس رهنا ؛ فلا يجوز له الامتناع عن تسليمه[4].

٢ ـ إن المعقود عليه صار مسلما إلى المستأجر ؛ باتصاله بملكه ، وبالتسليم يسقط حق الحبس ؛ ذلك أن هذا الاتصال كان بإذن العامل ، فكأنه سلمه العمل ، وبعد التسليم لا يملك الرجوع ؛

---

[1] ـ العيني . البناية . ج ١٠ ص ٢٤٢

[2] ـ النووي . المجموع . ج ١٥ ص ١١٠ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٧٠

[3] ـ ابن قدامة . المغني . ج ٦ ص ١٣٠ / الشرح الكبير ج ٦ ص ١٤٣ / البهوتي . كشاف القناع . . ج ٤ ص ٣٩

[4] ـ النووي . المجموع . ج ١٥ ص ١١٠ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٧١

لأنه إسقاط للحق والساقط لا يعود [1].

القول الثاني :

يجوز الامتناع عن تسليم محل العقد لرب العمل في حالة واحدة : هي إفلاس رب العمل . وهذا قول الحنابلة [2] .

وجه هذا القول : أنه يجب للأجير على رب العمل التزام متمثل بالأجرة التي هي مقابل عمله ، فالعمل مقابل الأجرة . وبهذا فكل منهما عوض عن الأخر ، وحيث أن العمل التصق بالعين ؛ ملك العامل حبسها مع ظهور الإعسار ؛ خوفا على حقه من الضياع . أما إذا لم يخش الإعسار ، فلا خوف على الأجر من التوى ، ووجب عليه التسليم .

القول الثالث : يجوز للعامل الامتناع عن تسليم العين حتى يستوفي أجره في كل حال . هو قول الحنفية[3] ، و المالكية [4] ، والقول الثاني عند الشافعية [5].

ووجه هذا القول : أن ما قام به الأجير من عمل ملك له ، وهذا العمل متصل بالعين اتصالا لا يمكن انفكاكه عنها ، وحيث أن العمل مقابل الأجر ، كما هو الثمن مقابل المبيع ، ملك العامل الامتناع عن التسليم ؛ قياسا على ما للبائع من حق في حبس المبيع والامتناع عن تسليمه ، لحين استيفاء الثمن ، فبهذا ملك العامل الامتناع عن الوفاء لإخلال الطرف المقابل ، بما ترتب عليه من التزام ، وإذا ما أقام رب العمل دعواه في مواجهة الأجير مطالبا إياه بالتسليم ،

---

[1] ــ العيني . البناية . ج ١٠ ص ٢٤٣ / ابن نجيم . البحر الرائق ج ٧ ص ٥١٥

[2] ــ البهوتي . كشاف القناع . . ج ٤ ص ٣٩ / البهوتي . شرح منتهى الإرادات . ج ٣ ص ١١٨

[3] ــ العيني . البناية . ج ١٠ص ٢٤٢ / ابن نجيم . البحر الرائق ج ٧ ص ٥١٥

[4] ــ الإمام مالك . المدونة . ج ٥ ص ١٧١٥

[5] ــ النووي . المجموع . ج ٩ ص ٢٦٨ و ج ١٥ ص ١١٠ / الشيرازي . المهذب ج ٢ ص ٢٧١

كان للأجير الامتناع عن التسليم، إلى أن يقوم المدعي بما عليه من التزام ، ووفاء ما عليه من حق .

وقد أخذت بهذا القول مجلة الأحكام العدلية ، حيث نصت في المادة ٤٨٢ منها على " يصح للأجير الذي لعمله أثر كالخياط والصباغ والقصار أن يحبس المستأجر فيه لاستيفاء الأجرة إن لم يشترط نسيئتها ...... "

ولا شك أن الحق مع أصحاب هذا الاتجاه ، ذلك أن ما ذكره الفريقان الأول والثاني ، من عدم مشروعية امتناع العامل عن التسليم ، ومنعه من حبس ما تحت يده ، استنادا إلى أن ما قام به العامل اتصل بالعين ، وبهذا الاتصال يكون قد سلم ما عمل حكما ، يجاب عليه بأن هذا الاتصال لا يقوم مقام التسليم ؛ إذ لا دليل على ذلك ، ولا موجب له ، وهذا الاتصال ليس سببا لحرمان العامل من حبس ما تحت يده مما عمل فيه ، وليس صاحب العمل ومالك العين أولى من العامل في تقديمه بإثبات أولية التسليم له .

أما القول بأن ما في يد العامل أمانة ، فهو صحيح من حيث وجوب رعايته والحفاظ عليه ، إلا أن كونه أمانة لا يمنع من القول بمشروعية الحبس ، إذ محل الحبس في الإصل العمل المتصل بالعين ، لا العين ، إلا أنه لما استحال الانفصال ، أو ترتب عليه ضرر ، جاز القول بمشروعية الحبس في هذه الحالة . إضافة إلى أن أساس هذا الحق هو حمل الطرف المقابل على التنفيذ . دون أن يؤثر ذلك على ملكه .

أما القانون المدني فقد نص في المادة ٧٨٧ في الفقرة "١" منها على " إذا كان لعمل المقاول أثر في العين جاز له حبسها حتى يستوفي الأجرة المستحقة ... "

النوع الثاني :

العمل الذي لا يشكل عينا ـــ أي من ليس لعمله أثر[1] ظاهر ـــ ، كما هو الحال في الإجارة على حمل سلعة .

[1] ـــ الأثر هنا على ما قاله بعض الفقهاء عبارة عن الأجزاء المتصلة بمحل العمل وهي ملك للأجير ـــ العامل ـــ كالخيط والصبغ ويلحق في وقتنا قطع الآلات المضافة عند الصيانة . وقال البعض الآخر بأن الأثر عبارة عما يرى في محل العمل ويعاين سواء كان عينا أو عرضا ككسر الحطب ويلحق بها الصيانة

ففي هذا النوع ، إذا كان العامل قد قام بالعمل ، إلا أنه لم يستوف أجرته ، فهل يحق له الامتناع عن تسليم العين للمالك ، إلى أن يستوفي ما له من أجر . ؟

اختلف الفقهاء في جواز ذلك على قولين :

الأول : أن العامل لا يملك الامتناع عن التسليم ، ولا يحق له إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام . وهو قول جمهور الحنفية [1] ، والشافعية [2] ، والحنابلة [3].

وجه هذا القول : ــ أن العمل في هذه الحالة عرض غير قابل للدوام ؛ فلا يتصور حبسه وإمساكه [4] ، وبهذا فالعامل المستأجر على حمل بضاعة ، وإن ملك الامتناع عن العمل حال اشتراط تعجيل الأجر ، فإنه لا يملك الامتناع عن تسليم العين المستأجر لحملها ، إذا قام بعمله استنادا إلى أن المالك (المستأجر) أخل بما عليه من التزام ، والمتمثل في عدم الوفاء بالأجرة المعجلة .
وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية حيث نصت في المادة ٤٨٣ منها على " ليس للأجير الذي ليس لعمله أثر كالحمال والملاح أن يحبس المستأجر فيه .... "

التي لا يكون فيها إضافة عين من قبل عاملها أنظر شرح المادة ٤٨٢ لعلي حيدر وقال أن الثاني أعم من الأول .

[1] ــ العيني . البناية . ج ١٠ ص ٢٤٣ / ابن نجيم . البحر الرائق ج ٧ ص ٥١٥

[2] ــ النووي . المجموع . ج ٩ ص ٢٦٨ و ج ١٥ ص١١٠ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٧١

[3] ــ الرحيباني . مطالب أولي النهى ج ٣ ص ٦٨٢

[4] ــ العيني . البناية . ج ١٠ ص ٢٤٣

أما القانون المدني فقد أخذ بهذا الرأي متبعا في ذلك مجلة الأحكام العدلية حيث ورد في المـــادة ٧٨٧ الفقرة الثانية منها ما نصه " فإذا لم يكن لعمله أثر في العين فليس له أن يحبسها لاســـتيفاء الأجرة ....."

القول الثاني : أن للعامل الامتناع عن تسليم العين محل العقد ، إلى أن يقوم الطـــرف المقابـــل بالوفاء بما عليه من التزام . وهو قول المالكية .

وجه ذلك : أن العامل بائع للمنفعة ، فكان أحق بعمله . وعمله كالسلعة بيده ، فكان له حـــق الامتناع عن التنفيذ ، متمثلا في حبس محل العقد قياسا على البيع [١].

وأرى أنه لا وجه للتفريق بين ما كان أثرا ظاهرا ، وما ليس كذلك ، إذ أن ما يقوم به العامـــل من عمل سواء شكل هذا العمل عينا ، أم لا ، قد أوجب له حقا على المالك ، وإن الغايـــة مـــن امتناع العامل عن الوفاء إجبار الخصم على التنفيذ ، فكان هذا السبب متوفرا في كل من نوعي العمل ، فوجب القول بثبوت حق الحبس فيهما ، ثم إن ما يقوم به العامل كالحمل مثلا قد حقـــق منفعة للمالك ، وهي ما أوجبت عليه البدل الذي لأجله أمسك العامل العين . ذلك أن العامل أفاد المالك ، فوجب بدله .

وكان الأحرى بالقانون الأخذ بجواز حبس العين في النوعين كليهما .

---

[1] ــ الإمام مالك . المدونة . ج ٥ ص ١٧١٥

صاحب الحق في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن عقد الإجارة [1].

في كل حال ترتب على عدم الوفاء بالأجرة في مجلس العقد زوال الرابطة العقدية ؛ ثبت للمدعى عليه التمسك بدفع زوال الرابطة العقدية لعدم الوفاء بالأجرة في المجلس ، كما هو الحال في إجارة الذمة[2].

ويترتب على هذا : أن عدم الوفاء بالأجرة في المجلس حال وجوب ذلك لحق الشرع ؛ يمنح المدعى عليه الحق بالتمسك بدفع زوال الرابطة العقدية ؛ لعدم الوفاء بالأجرة في مجلس العقد .

---

[1] ـ كان من الممكن دمج ما ورد تحت هذا العنوان فيما تقدم قبله وذلك بعد بيان كل علاقة يمكن فيها التمسك بالدفع ، إلا أنني رأيت فصلها بشكل مستقل مع ما في ذلك من تكرار ؛ وذلك لما في تفصيله من فائدة يدركها من يتعامل مع القضايا المنظورة وخلال ببسط النزاع فيها أمام القضاء ، وذلك للحاجة إلى بسطها بهذا الشكل وفق ما أرى .

[2] ـ المقصود بإجارة الذمة : الإجارة التي يقتضي فيها أن يقوم الأجير بعمل معين في شيء معين أو موصوف سواء عمله بنفسه أو بواسطة غيره إلا أنه هو المسؤول عن العمل مثل استئجار الخياط لخياطة ثوب أو بناء لبناء دار أو حمال لحمل بضاعة فهي إجارة على عمل يترتب في ذمة الأجير في محل معين أو موصوف ـ أنظر في ذلك بشكل أكثر تفصيلا ـ الإجارة الواردة على عمل الإنسان ـ شرف بن علي الشريف ـ ص ٥٢ الطبعة الأولى عام ١٤٠٠ هـ ـ ١٩٨٠م ـ دار الشروق . و امتناع التسليم وأثره في عقود المعاوضات المالية ـ رسالة دكتوراة الجامعة الأردنية عام ١٩٩٩م ـ طلال محمد علي ربابعة ـ كما هو الحال عند المالكية والشافعية ولا يصح اشتراط تاجيلها واستثنى المالكية حالة واحدة وهي فيما إذا شرع المستأجر باستيفاء المنفعة خلال أيام قلائل كيومين او ثلاثة وعلة الوجوب أن العقد في حال تأجيل الأجرة يعد بيع دين بدين وهو ممنوع شرعا ابن رشد القرطبي . البيان والتحصيل . ج ٨ ص ٤١٠ وما ورد عند الشافعية ٣٠٩ (و يشترط في حالة إجارة الذمة تسليم الأجرة في المجلس قطعا) الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص . وهذا الرأي عند من قال بهذا الشرط من الفقهاء .

أما إذا لم يؤثر تأخير الوفاء بالأجرة ، أو تخلفه عن المجلس ، في العقد من حيث إبطاله .
فالقول بالنسبة لتحديد المتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام يكون وفق ما يلي.

أولا : إجارة الأعيان ، كالدور وما شابه :
بما أن الأساس الذي ينبني عليه تحديد من له الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، هو كون ذلك الشخص غير ملزم بالتنفيذ أولا. وقد تقدم أن للطرفين الاتفاق على تعجيل الأجرة وتأجيلها وتنجيمها [١]، وبناء عليه يتم تحديد المتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام وذلك وفق الآتي

١ـ إذا اتفق الطرفان على أن تكون الأجرة معجلة ، ثبت للمؤجر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المستأجر ، إذا طالبه بالتنفيذ دون أن يكون قد سلم الأجرة ،
ذلك أن المستأجر هنا هو الملزم بالتنفيذ أولا ؛ وبه فقد الحق في التمسك بالدفع ، حيث ألزم نفسه بالوفاء قبل الاستيفاء .

٢ـ إذا اتفق الطرفان على أن تكون الأجرة مؤجلة ، ثبت للمستأجر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المؤجر .
ذلك أن المؤجر ألزم نفسه بالوفاء قبل الاستيفاء ، وبه ثبت عليه التنفيذ أولا، وفقد الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

٣ـ إذا لم ينص في العقد على تعجيل الأجرة ، ولا على تأجيلها، ولم تجب معجلة وفق طبيعة العقد . فهنا يحق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لمن وجب له الاستيفاء أولا. وقد اختلف الفقهاء في تحديده .
الفريق الأول : وهم الحنفية [٢]، والمالكية [٣] . قالوا إن الأجرة لا تجب إلا باستيفاء المنافع، وهي المعقود عليه في الإجارة ، ولا يكون ذلك إلا بمرور الزمن أولا بأول، وبهذا وجب على

[1] ـ لا يغفل ما ورد في إجارة الذمة ـ في الشرط الثاني من شروط قبول الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

[2] ـ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٤٦٣

[3] ـ الخرشي . حاشية الخرشي . ج ٧ ص ٢

أما إذا قام الأجير بالعمل ، فهل له الامتناع عن تسليم ما عمل ؟ وهل يثبت لـه حـق التمسـك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة رب العمل ؟

اختلف الفقهاء في ذلك ، فمنهم من منع بإطلاق ، ومنهم من أجاز في أنواع مـن العمـل دون أخرى . وذلك وفق ما يلي .

الإجارة على العمل نوعان[1] :

الأول : العمل الذي يشكل عينا

الثاني : العمل الذي لا يشكل عينا

أما النوع الأول : فقد أجاز فقهاء الحنفية [2] باستثناء الإمام زفر ، وفقهاء المالكية[3] ، والشـافعية في قول [4] ، والحنابلة في حالة إفلاس رب العمل[5] ، أجازوا للعامل التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المستاجر ، حال تخلفه عن الوفاء بالأجرة . وذلك بصورة حبس العين التي في يده .

وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة ٤٨٢ من المجلة وبه أخذ القانون المدني فـي المادة ٧٨٧ منه

أما النوع الثاني : فقد أجاز فقهاء المالكية [6] دون غيرهم ، للعامل التمسك بالدفع بعـدم تنفيـذ الالتزام في مواجهة رب العمل ؛ باعتبار أن العامل بائع للمنفعة ؛ فكان أحـق بعملـه لحـين استيفاء بدله .

---

[1] ـــ ينظر ما ورد في نطاق الدفع ، ففيه تفصيل دقيق فيما يتعلق برأي من منع من التمسك بالدفع

[2] ـــ العيني . البناية . ج ١٠ ص ٢٤٢ / ابن نجيم . البحر الرائق ج٧ ص ٥١٥

[3] ـــ الإمام مالك . المدونة . ج ٥ ص ١٧١٥

[4] ـــ النووي . المجموع . ج ٩ ص ٢٦٨ و ج ١٥ ص١١٠ / الشيرازي . المهذب ج ٢ ص ٢٧١

[5] ـــ . البهوتي . كشاف القناع . . ج ٤ ص ٣٩ / شرح البهوتي . شرح منتهى الإرادات . ج ٣ ص ١١٨

[6] ـــ الإمام مالك . المدونة . ج ٥ ص ١٧١٥

المطلب الثالث : الالتزامات الناشئة عن عقد الجعالة

الجعالة في اللغة :

الجعل ــ بالضم ــ : الأجر ، يقال جعلت له جعلا [١].

وجعل للعامل كذا على العمل : شارطه عليه ، وقدر له أجرا عليه [٢].

و جعلت له جعلا : أوجبت [٣]

الجعالة في الاصطلاح :

وعرفها في المبدع بقوله : هي ما يعطاه الإنسان على أمر يفعله [٤].

---

[1] ــالفيومي . المصباح المنير ج ١ ص ١٤١ .

[2] ــ المعجم الوسيط ج ١ ص ١٢٥

[3] ــ ابن مفلح . المبدع ج ٥ ص ١٩٣

[4] ــ ابن مفلح . المبدع ج ٥ ص ١٩٣ انظر المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ــ طبعة دار إحياء التراث ط١ عام ١٩٩٨م ــ ج ٧ ص ٥٩ ــ قال الحارثي هي جعل الشيء من المال لمن يفعل أمر كذا

وعند المالكية : هي التزام مال لمن يأتي بعبده الأبق أو نحو ذلك ــ القرافي . الذخيرة . ج ١٠ ص ٢٤٣ ـــ وهي عندهم رخصة الخرشي . حاشية الخرشي . ج ٧ ص ٥٩ وجاء فيها تعريف الجعالة منسوبا لابن عرفة أنها ــ أي الجعالة ــ (عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه ــ

والعوض ــ الذي هو الجعل ــ لا يجب إلا بتمام العمل عند الفقهاء[1] ، فمن جعل جعلا على أمر ، فإن من قام به لا يجب له الجعل إلا بأن يتم العمل المجعول فيه ، إلا أن يكون ما قام به من العمل قبل التمام منتفعا به [2].

فإذا قال أحدهم : لمن وجد ضالتي ــ وسماها ــ فله كذا . فلا يجب على الجاعل الجعل إلا أن يستوفي ما جعل فيه .

وكذلك إذا قال : من قام لي بهذا العمل فله كذا . فقد وجب عليه ما جعل ، إذا قام المجعول له بالعمل ، وإذا لم يقم بالعمل فلا يملك المطالبة بالجعل .

مدى إمكانية إمساك المجعول فيه ، والامتناع عن تسليمه من قبل المجعول له .
اختلف الفقهاء في جواز حبس المجعول فيه ــ إذا كان قابلا لذلك ــ ، والامتناع عن تسليمه للجاعل ، إلى أن يستوفي المجعول له الجعل .

القول الأول : إن المجعول له يملك حبس المجعول فيه ، والامتناع عن تسليمه للجاعل ، إلى أن يفي هذا الأخير بما عليه من التزام ــ.

وهو قول الحنفية باستثناء الإمام زفر .
سواء كان العمل الذي أداه المجعول له يشكل عينا أم لا . مخالفين بذلك قاعدتهم ، أن الأجير على العمل لا يملك الامتناع عن تسليم المعمول ، إذا لم يكن عمله ذا أثر ظاهر ويشكل عينا فيه [3] .

---

[1] ــ أنظر العيني . البناية . ج ١٠ ص ٢٤٣ / الخرشي ج ٧ ص ٦٢ / النووي . روضة الطالبين ج ٤ ص ٣٤١ / والنووي . المجموع . ج ١٥ ص ١١٣ / ابن مفلح . المبدع ج ٥ ص ١٩٧

[2] ــ الخرشي ج ٧ ص ٥٩

[3] ــ العيني . البناية . ج ١٠ ص ٢٤٣

وجه هذا القول :

أن المجعول فيه كان قد شارف على الهلاك ، وقد أحياه المجعول له ، فكأنه باعه منه . وبهـذا ثبت له حق الحبس .

القول الثاني :

أن المجعول له بعد قيامه بالعمل لا يملك الامتناع عن تسليم المجعول فيه للجاعل، استنادا إلى أن الأخير لم يف بما عليه من التزام أوجبه على نفسه للأول .

وهو قول الإمام زفر من الحنفية[1] ـ إذا لم يكن العمل يشكل عينا ـ وقول الشافعية [2] .

وجهة هذا القول :

أن استحقاق الجعل لا يكون إلا بتسليم المجعول له المجعول فيه للجاعـل . وعليـه لا يملـك المطالبة بالجعل قبل تمام العمل ولا يكون التمام وفق ما ذكر إلا بالتسـليم ، وحيـث لا يملـك المطالبة أصلا ، فلا يملك الامتناع عن التسليم[3].

والأول أصلح للعامل ، والثاني أصلح للجاعل ، إلا أن الخطر المحتمل على حق العامل أشد منه على حق الجاعل ، ذلك أن ما ثبت للجاعل هو العين ، أو ما قام مقامها مما قد عمله العامـل ، وبقيام العامل به يكون قد ظهرت بوادر ، وإمارات تشير إلى نية العامل إتمام العمل ،
أما حق العامل فهو متعلق بالذمة ، والخطر المحتمل بأدنى حال ، يتمثل في إنكار الجاعل ، أو مماطلته ، مما يوجب على العامل اللجوء للقضاء ، وبهذا قد يتأخر الوصول إلى الحـق ، أمـا بتمسكه بالدفع بعدم التنفيذ فإنه يسعى لإجبار الخصم على التنفيذ ، فيكون في هذا رعايـة آكـد لمصلحته .

---

[1] ـ العيني . البناية . ج ١٠ ص ٢٤٣

[2] ـ االنووي . روضة الطالبين ج ٤ ص ٣٤١

[3] ـ االنووي . روضة الطالبين ج ٤ ص ٣٤١ بتصرف / النفراوي ، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا ، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيراواني ج ٢ ص ١٨٣ ، ط ١ عام ١٩٩٧ دار الكتب العلمية .

صاحب الحق في التمسك بالدفع في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن الجعالة .

١ــ تقدم اتفاق الفقهاء على أن الجعل لا يجب إلا بتمام بالعمل .
فإذا قام المجعول له بالعمل وجب الجعل ، إما إذا لم يقم بالعمل ؛ فــلا جعــل لـــه أصــــلا ، فلايستحق المطالبة .
وبهذا فإن للجاعل الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة المجعول له ، فـــي دعوى المطالبة بتسليم الجعل ، إذا لم يقم هذا الآخير بالعمل المشروط له الجعل وهــذا باتفـــاق الفقهاء [1].

٢ــ إذا قام المجعول له بالعمل ولم يسلمه ، فقد اختلف الفقهاء حول المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ من الطرفين ، وذلك مبني على اختلافهم في حق الحبس كما تقدم .

القول الأول : أن المجعول له لا يحق له التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام قبل التسليم، ذلك أنـــه لا يحق له المطالبة بالجعل قبل تمام العمل ، وتمامه بالتسليم [2].

وبهذا ثبت للجاعل ــ في هذه الصورة ــ التمسك بالدفع بعدم تنفيــذ الالتــزام ، فـــي مواجهـــة المجعول له ، حال مطالبة هذا الأخير بالجعل ، قبل التسليم .

---

[1] ــ العيني . البناية . ج ١٠ ص ٢٤٣ / الخرشي ج ٧ ص ٥٩ / االنووي . روضة الطالبين ج ٤ ص ٣٤١ / ابن مفلح . المبدع ج٥ ص ١٩٣

[2] ــ الخرشي ج ٧ ص ٥٩ – ٦١ (الجعالة .... عقد معاوضة على عمل أدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه) وفيها (أن المجعول يستحق الجعل على الجاعل إذا أتى بالعبد الأبق) ص ٦٢ / االنووي . روضة الطالبين ج ٤ ص ٣٤١ (إذا رد الأبق لم يكن له حبسه لاستيفاء الجعل لأن الاستحقاق بالتسليم ولا حبس قبل الاستحقاق) / ابن مفلح . المبدع ج ٥ ص ١٩٧ حيث ورد فيه ما في هذا المعنى من أنه لا يستحق الجعل إلا برده لا بوجدانه / أنظر العيني . البناية . ج ١٠ ص ٢٤٣

وعلة هذا القول : أن الاستحقاق لا يكون إلا بتمام العمل ، وتمامه بالتسليم ، وحيث لم يسلم ؛ لا يستحق المطالبة . فإذا طالب كان للطرف المقابل التمسك بعدم وجوب الجعل ، وعدم الاستحقاق ؛ لعدم التنفيذ التام بعد . فيكون المجعول له ملزما بالتنفيذ أولا ، وفق هذا القول ؛ وعليه فقد الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، في حين ثبت الحق في التمسك بالدفع للجاعل . وهذا ما نص عليه الشافعية وما دلت عليه أقوال فقهاء المالكية والحنابلة وقول الإمام زفر من الحنفية .

القول الثاني :

أن المجعول له يملك الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الجاعل ، بعد تمام العمل وقبل التسليم ، وهو قول جمهور الحنفية [1].

وذلك مبني على أن الجاعل ملزم بالوفاء بما عليه من التزام أولا . ولهذا قالوا بثبوت حق الحبس للعامل في هذه الصورة ، إلى أن يستوفي الجعل .[2]

---

[1] ــ العيني . البناية . ج ١٠ ص ٢٤٣

[2] ــ بقياس ما ورد على عقد البيع يظهر أن هذا الحق يثبت للمجعول له كما يثبت للجاعل إذا لم يحضر المجعول فيه .حيث أنهم أجازوا للمشتري الامتناع عن تسليم الثمن ما لم يحضر البائع المبيع

المطلب الرابع : الالتزامات الناشئة عن عقد الرهن .

الرهن لغة :

رهن الشيء : يرهن رهانا ، ثبت ودام ، ورهنته المتاع بالدين ،حبسته[1] .

فهو حبس الشيء[2].

شرعا: حبس الشيء حالا بحق يمكن استيفاؤه[3] .

وينعقد بإيجاب وقبول ، وحكمه بعد التسليم والقبض أنه لازم . [4]

فعقد الرهن معناه احتباس عين لها قيمة مالية من أجل استيفاء حق منها حال تعذر الوفاء على الراهن من غيرها .

وعليه فهو قائم على الاحتباس . وبهذا إذا لم يقم الراهن ــ المدين ــ بالوفاء بما عليه للمرتهن من دين انعقد الرهن لأجله فإنه والحالة هذه لا يحق له المطالبة بتسلم الرهن[5] .

وكذلك فإنه يجب على المرتهن أن يجعل الرهن بمحل التسليم ما أمكن . وإذا ما طالب المرتهن في دعواه في مواجهة الراهن مطالبا بالحكم عليه وإلزامه بالوفاء بما له من حق أو الإذن له ببيع

---

[1] ــالفيومي . المصباح المنير ج ١ ص ٣٣٠

[2] ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١٠ ص ٧٠ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٣ ص ٣٥

[3] ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١٠ ص ٧٠ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٣ ص ٣٥

[4] ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١٠ ص ٧٢ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج٣ ص ٤٦

[5] ــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١٠ ص٨٨ /الروضه ج ٣ ص ٣٦٠ ــ ابن مفلح . المبدع ج ٤ ص١١٣ – الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج٣ ص ٣٥ –٤٦

الرهن ليستوفي حقه منه كان للراهن بعد استعداده لوفاء التزامه استعدادا حقيقيا أن يمتنع عن الوفاء حال وجود مانع من التسلم بسبب راجع إلى المرتهن .[١]

[1] ـ انظر ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١٠ ص ٨٨ حيث ورد فيها ما نصه " إذا طلب المرتهن أمر بإحضار رهنه لئلا يصير مستوفيا مرتين "

صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن عقد الرهن :

يشترط في المتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ـــ كما تقدم ـــ ، أن لا يكون المتمسك به ملزماً بالتنفيذ أولا .

وعلى ذلك فهناك صورتان .

الأولى : يكون الملزم أولا بالتنفيذ فيها هو الراهن .
حيث يلزم بوفاء الدين ثم يلزم المرتهن بتسليم الرهن .
ووجه ذلك : وجوب تحقيق المساواة بين طرفي عقد الرهن . فالراهن متعين حقه ، فوجب عليه تعيين حق المرتهن، ولا يتم تعيين ما في الذمم إلا بالتسليم [1].

الثانية : يكون الملزم بالتنفيذ أولا في هذه الحالة هو المرتهن . ـــ وذلك أن الالتزام الواجب عليه ، هو أن يجعل الرهن بمحل التسليم ، بحيث لا يحول بسببه عائق بين الرهن والراهن ـــ. فيجب على المرتهن ، أن يمكن الراهن من قبض الرهن ، ثم يأتي التزام الراهن بوجوب الوفاء بما انشغلت به ذمته وتم عقد الرهن لأجله .
وجه هذا القول : أن المرتهن إذا لم يجعل الرهن بمحل التسليم ، يكون كأنه استوفى حقه مرتين ، وهذا أمر غير مشروع .
وهو ما ذكره ابن عابدين في حاشيته حيث قال " إذا طلب المرتهن دينه أمر بإحضار رهنه لئلا يصير مستوفيا مرتين "[2] .

---

[1] ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١٠ ص٨٨ /الروضه ج ٣ ص ٣٦٠ ـــ ابن مفلح . المبدع ج ٤ ص١١٣

[2] ـــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١٠ ص ٧٢ .

المطلب الخامس : الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج :

يجب المهر في التشريع الإسلامي بمجرد العقد ، ويحدث العقد الملك فور انعقاده. وكثيرا ما يعالج الفقهاء المسلمون أحكام عقد الزواج بقياسه على عقود المعاوضات المالية ، فهم في محاولة منهم لتقريب الصورة إلى الأفهام ، يصورون المهر عوض الملك.

ويقتضي هذا القياس ، وهذه النظرة للعقد ، وجوب الوفاء بالمهر أولا ، كما هو الحال في البيع عند الحنفية ؛ ذلك أنه يجب الوفاء بالعوض أولا؛ سواء سمي المهر في العقد أم لا[١] ؛ ذلك أنه يجب به كما أسلفت هذا عند جمهور الفقهاء [٢]. ويشترط الحنابلة مع القول بوجوبه في العقد الدخول [٣] . هذا ويصح الاتفاق على تعجيله ، وتأجيله باتفاق[٤].

وعليه إذا طالب الزوج المرأة بتسليم النفس ، قبل تسليم المعجل من المهر، ثبت لها الامتناع عن ذلك .

توجيه هذا الأمر : أن حق الرجل في المرأة متعين بالعقد ، وحق المرأة وإن وجب بالعقد إلا أنه إنما يتعين بالقبض . فوجب عليه التسليم ومكنت من الامتناع [٥].

---

1 ــ بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٨

2 ــ النووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٥٩ / النووي . المجموع . ج ١٦ ص ٣٤٠

3 ــ ابن مفلح . الفروع . ج ٨ ص ٣٢٠ / ابن مفلح . المبدع ج٨ ص ١٤١-- ١٥١

4 ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٨ / ابن مفلح . الفروع . ج ٨ ص ٣٥٢ / ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٥ / البغلي . حاشية ابن قندس . ج ٨ ص ٣٥٢ / االنووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٥٩ / النووي . المجموع . ج ١٦ ص ٣٤٠

5 ــ القرافي . الذخيرة . ج ٤ ص ٣٧٣ / الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٩ / الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٨ / ابن مفلح . الفروع . ج ٨ ص ٣٥٢ / ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص

ولا وجه للقول بإجبارها على تسليم النفس قبل استيفاء المهر ؛ لما في ذلك من خطر يتمثل في اتلاف البضع ، وهذا مما لا يمكن الرجوع فيه بخلاف المبيع [١] . فكان لها الامتناع ، لحين استيفاء ما لها من مهر معجل ؛ ذلك أن حق الحبس إنما يثبت لاستيفاء المستحق ، وكانت أولى بتقديمها في الاستيفاء لما ذكر .[٢] .

أما إذا كان المهر مؤجلا ، فحكمه أن يتأخر تسليمه عن تسليم النفس ؛ لأن تقديم تسليمه يثبت حقا لها ؛ تحقيقا لمعنى المعاوضة التي تقتضي المساواة ، فإذا أجلته اسقطت حق نفسها ، فلا يسقط حق الزوج ، لانعدام الإسقاط منه . قياسا على عقد البيع ، فكما أن للبائع أن يؤجل الثمن ، على اعتبار أن التعجيل خالص حقه ، وجب عليه بذلك تسليم المبيع ، فكان إسقاطها للتعجيل إسقاطا منها لخالص حقها ، ويترتب عليه وجوب تسليم النفس أولا ؛ ذلك أن من أسقط حقه في المناجزة ، أسقط حقه في الحبس ، ولا يقر على الامتناع عن التسليم [٣] .

أما إذا حل الأجل قبل التسليم ، فهل لها الامتناع عن التسليم ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة :

القول الأول :

أن المهر إذا ثبت مؤجلا ، وحل الأجل فليس لها الامتناع عن التسليم استنادا إلى أن الزوج لم يف بما عليه من مهر مؤجل قد حل ، ويترتب على هذا القول ، أنها لا تملك التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الزوج استنادا إلى هذا السبب ، وهو ما قال به الإمام أبو

---

١٧٥ / البغلي . حاشية ابن قندس . ج ٨ ص ٣٥٢/ النووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٥٩ /
النووي . المجموع . ج ١٦ ص ٣٤٠

[1] ـ ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٦

[2] ـ ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٦ / القرافي . الذخيرة . ج ٤ ص ٣٧٣

[3] ـ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٩ / النووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٥٩ / ابن أبي الدم ، شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله ، أدب القضاء ص ٦١٩ ، تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزحيلي / ابن مفلح . الفروع . ج ٨ ص ٣٢٠ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٨

حنيفة ، والإمام محمد [1]، والصحيح عند الشافعية[2] ، به قال الإمـام أبـو حامـد الغزالـي[3] ، والبغوي[4] ، وإحدى الروايتين عند الحنابلة [5].

وجه هذا القول : أن منحها للزوج مهلة في دفع الصداق ، ورضاها بالأجل ، أسقاط لحقها في أولية الاستيفاء ، والساقط لا يحتمل العود . قياسا على الأجل في عقد البيع ، وحيـث أنهـا أسقطت هذا الحق برضاها واختيارها ، فقدت حق التمسك بالـدفع بعـدم التنفيـذ ؛ لعـدم مشروعية امتناعها عن تسليم النفس .

القول الثانـي :

أن لهـا أن تمنـع نفسـها عـن الـزوج إذا حـل الأجـل ولـم يقـم الـزوج بالوفاء ، وهو ما قال به الإمام أبو يوسف من الحنفية [6] ، والقول الثاني عند الشافعية [7] ، وبه

---

[1] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٩

[2] ــ االنووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٥٩ / النووي . المجموع . ج ١٦ ص ٣٤٠

[3] ـ الغزالي محمد بن محمد بن محمد بن احمد الغزالي الطوسي ابو حامد
الامام الفقيه المتكلم النظار المصنف الصوفي
توفي بطوس صبيحة يوم الاثنيين التاسع عشر من جمادى الاخرة سنة خمس وخمس مائة رضي الله عنه وارضاه الاسنوي –طبقات الشافعية ـ ٢٤٦/١، ٢٤٩

[4] ـ البغوي الحسين بن مسعود بن محمد بن العلامة محيي السنة ابو محمد البغوي
يعرف بابن الفراء احد الائمة صاحب " معالم التنزيل " ، و " شرح السنة " و " والتهذيب " و " الجمع بين الصحيحين وغيرها .تفقه على القاضي حسين وكان لا يلقي الدروس الا على طهارة مات سنة ست عشرة وخمسمائة ودفن عند شيخة القاضي حسين انظر العقد المذهب –ص ١١٨-١١٩

[5] ــ ابن مفلح . الفروع . ج ٨ ص ٣٥٢ / ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٥ / البعلي . حاشية ابن قندس . ج ٨ ص ٣٥٢

[6] الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٩

[7] ــ النووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٥٩ / النووي . المجموع . ج ١٦ ص ٣٤٠

قال القاضي ابو الطيب ، والحناطي[1]، والروياني[2] ، والرواية الثانية عن الحنابلة[3] ، وقــول المالكية [4] .

وجه هذا القول :

١ــ أن لها أن تمنع نفسها قبل حلول الأجل ، فبعده أولى .

٢ــ أن لها المطالبة به الآن ــ أي حيث حل الأجل ــ ، فاصبح كالمعجل ؛ لحلول أجله ، وله حكمه كذلك قبل أستيفاء عوضه من حيث منع المعوض .

وبهذا حق لها الامتناع عن تسليم النفس ، وجاز لها إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام والتمسك به ، حال إقامة الزوج دعواه مطالبا إياها الطاعة ، وتنفيذ أحكام العقد . بل ولها إثارة هذا الــدفع لدفع دفع النشوز ، في دعوى النفقة المقامة من قبلها ، إذا تشبث الزوج بنشوزها ســعيا لهــدم دعواها النفقة .

بهذا تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة ، فمن قال من الفقهاء أن المرأة لا تملك منع نفسها عن الزوج إذا حل الأجل ، ولم تستوف مهرها ، منعها من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الإلتزام ، وإذا ما أثير فلا يعدو أن يكون تذكيرا للزوج بما لها عليه من حق ، دون أن يكــون

---

[1] ـ الحناطي
ابو عبدالله الحناطي وهو الحسين بن جعفر محمد الطبري
قدم بغداد مع الشيخ ابي حامد الغزالي وروى عنه القاضي ابو الطيب ذكره ابو اسحق ولم يؤرخ وفاته
- قال ابن السمعاني :(لعل ان بعض اجداده كان يبيع الحنطة) انظر الاسنوي – طبقات الشافعية – ١٩٣/١.
- انظر العقد المذهب –ص٥٨-٥٩.

[2] ـ الروياني
قاضي القضاة عبدالواحد بن اسماعيل الملقب فخر الاسلام صاحب البحر وغيره من الاصول النفسية كانت له الوجاهة والرئاسة والقبول التام عند الملوك فمن دونها
برع في المذهب حتى كان يقول لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي ، ولهذا كان يقال له شافعي زمانه وصنف التصانيف المشهورة
ولد في ذي الحجة سنة خمسة عشر واربع مائة ، واستشهد في جامع امل عند ارتفاع النهار بعد فراغه من الاملاء يوم الجمعة الحادي عشر المحرم انظر الاسنوي – طبقات الشافعية ، ١ / ٢٧٧ .

[3] ــ ابن مفلح . الفروع . ج ٨ ص ٣٥٢ / ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٥ / البغلي . حاشية ابن قندس . ج ٨ ص

[4] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٧

سببا في رد دعواه المطالبة بتسليم النفس . اللهم إلا إذا أثارت هذا الدفع ، وطلبت الحكم لهـا ، فتجاب إلى طلبها دون أن يؤثر ذلك على دعوى الزوج .

أما من قال من الفقهاء بأن لها منع نفسها إلى أن تستوفي ما حل أجله من المهر المؤجل ، فقد أقرها على تمسكها بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وجعل هذا السبب كافيا في هدم دعوى الزوج ، وتأخير الحكم عليها ، إلى أن يقوم بالوفاء بما لها عليه من مهر قد حل أجله .

مدى إمكانية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من قبل الزوجة بعد تسليمها النفس :

صورة هذه المسألة : أن تقوم المرأة بتسليم النفس ، دون أن تكون قد قبضت ما استحقته من مهر ، أو أن يبقى لها شيء منه حال أجله ، فهل لها الامتناع بعد ذلـك ، اسـتنادا إلـى إخلال الزوج بالالتزام المترتب عليه ، والمتمثل في تسليم المستحق من المهر ؟

للفقهاء في هذه المسألة رأيان :

الأول :

أن المرأة إذا قامت بتسليم نفسها ، لها الحق في الامتناع بعد ذلك ، حتى تستوفي ما لها مـن حق ، وهو ما أخذ به الإمام أبي حنيفة [1]، وقول عند الشافعية [2]، ووجه عند الحنابلة[3] .

ويترتب على هذا ، القول بمشروعية تمسك المرأة بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، فـي مواجهـة الزوج ، سواء كان تمسكها به بشكل دفع ، أو دفع لدفع الزوج النشوز .

أدلة هذا القول

١ـــ إن المهر مقابل بجميع ما يستوفى من منافع ، في جميع الوطـآت التي توجد فـي هـذا الملك ، لا بالمستوفى بالوطـأة الأولى خاصة ؛ لأنه لا يجوز إخلاء شيء من منافع البضع

---

1 الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٩

2 ـــ االنووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٦٠

3 ـــ ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٦

عن بدل يقابله ، احتراما له ، وإبانة لخطره ، وبامتناعها عن تسليم النفس في المرات اللاحقة ، تكون ممتنعة عن تسليم ما يقابله بدل لم يستوف بعد . فمكنت من ذلك ، كما كانت في المرة الأولى ، أي قبل استيفاء شيء من المهر ، من حيث حقها في الامتناع ، حتى تأخذ المهـــر ؛ ذلك أن المهر يتأكد بالوطء مرة واحدة ؛ لأنه موجود معلوم ، وما وراءه معدوم مجهول ، فلا يقسم المهر على المنافع بهذا الاعتبار.

ولا يقاس علي البيع ؛ ذلك أنه إذا تم تسليم المبيع جميعه مرة واحدة ، فـــلا يملـــك البـــائع الرجوع فيما سلمه ، فإذا سلم البائع السلعة قبل القبض ، وأراد الاسترداد منـــع مـــن ذلـــك . والفرق كما ذكرت ، أن البائع سلم جميع المبيع ، فلا يملك الرجوع فيما تم تســـليمه ، أمـــا المرأة فلم تسلم كل المعقود عليه ، بل سلمت البعض دون الآخر ـــــ وهو مجهـــول ـــ ، لأن محل العقد المنافع ، ولم يتم استيفاؤها جملة واحدة ، بل استيفاء البعض دون البعض ، وهي بالمنع ، لا تكون قد منعت ما سلمته ، بل تكون قد منعت ما لم يتم استيفاؤه بعـــد ، وينســـجم القياس هنا على عقد البيع إذا سلم البائع بعض المبيع قبل استيفاء الثمن فله منع الباقي .[1]

٢ـــ أن تسليمها النفس يوجبه العقد الموجب للمهر ، فكان لها أن تمتنع منه قبل استيفاء حقها ، كما هو الحال لو لم تسلم نفسها أصلا[2] . يؤيده القياس على ظهور المهر معيبا بعد قبضـــه ، وبعد التسليم . فلها العود على ما كان عليه الحال قبل التسليم ، و الامتناع عن التنفيذ[3].

وعليه إذا قلنا بمشروعية الامتناع ، حكمنا بمشروعية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ .

القول الثاني :

إذا سلمت المرأة نفسها قبل استيفاء مهرها ، فليس لها أن تمتنع بعد ذلك . وهو قول الإمامين أبي يوسف ، ومحمد من الحنفية[4] ، وقول عند كل من الحنابلة[1] ، والشافعية[2] ، وبه قـــال المالكية إذا لم يتم الوطء[3].

---

1 ـــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٩٠ / ابن نجيم ، سراج الدين عمر بن إبراهيم ، النهر الفائق شرح كنز الدقائق ج ٢ ص ٥٠٧ ، الطبعة الأولى ٢٠٠٢ .

2 ـــ ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٦

3 ـــ ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٨

4 ـــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٩

وينبني على هذا القول ، أن المرأة إذا سلمت نفسها ولو مرة قبل استيفاء مهرها، لا تملك الامتناع بعد ذلك . وعليه فلا تملك التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الزوج ، وإذا أثارته لا يرتب أثرا على الدعوى المنظورة .

دليل هذا القول :

أنها بالتسليم مرة واحدة سلمت جميع المعقود عليه برضاها ، وبرضاها سقط حقها في الامتناع . قياسا على البيع ، فالبائع إذا سلم المبيع سقط حقه في حبسه ، إذا تم برضاه واختياره ، وكذلك المرأة ، إذا تم التسليم برضاها واختيارها قبل استيفاء مهرها حرمت من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام . والدليل على أنها سلمت جميع المعقود عليه ، أنه ـــ أي محل الالتزام ــ في هذا الجانب في حكم العين ، ويتأكد المهر جميعه بتسليمه ، ولو لمرة واحدة . والمعلوم أن جميع البدل في عقود المعاوضات لا يتأكد بتسليم بعض المعقود عليه ، بل بتسليمه جميعه ، ولما حكمنا بتأكد المهر بالتسليم ، ولو مرة واحدة ، دل على أن كامل المعقود عليه قد أستوفي ؛ فلا يحق الرجوع فيه ، والامتناع رجوع ، كما لا يحق للبائع استرداد ما سلم . أما ما يتكرر من الوطآت ، فملحق بالاستخدام ، ولا يقابله شيء من المهر[4] .

وبالرجوع إلى منطق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام والفلسفة التي يقوم عليها ، وهي محاولة للاستمرار في المعارضة الزمنية للمدعي في مطالبته باستيفاء ما له من حق ؛ دفعا له للوفاء بما عليه . ولا شك أن القول الأول أقرب إلى هذا المنطق من القول الثاني ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن قياس هذا الأمر على عقد البيع ــ وفق ما ذهب إليه الفريق الأول ــ

---

[1] ــ ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٧

[2] ــ النووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٦٠

[3] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٨

[4] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٩٨ / االنووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٦٠ / ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٦

أولى من القياس على عقد البيع من جهة عدم جواز التجزئة ؛ ليتحقق القول بأن الدفع هنا وسيلة إجبار للمطالب على تنفيذ ما عليه من حق أولا ؛ تحقيقا للمساواة بين طرفي العقد .

صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن عقد الزواج .

الالتزامات المتولدة عن عقد الزواج تتمثل في وجوب تسليم النفس ، والطاعة بالمعروف من قبل الزوجة ، وفي وجوب الوفاء بالمهر ، والنفقة ، وإعداد المسكن المناسب في نظر المشرع ، والمعاملة بالحسنى على الزوج .

وكما سبق ، فإن شرط المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، أن لايكون ملزما بالتنفيذ أولا، وتحديد من يجب عليه الوفاء أولا ، يكون إما بالنص عليه في المصدر المنشئ للالتزام ، أو أن يحدد وفق طبيعة الالتزام .

الصورة الأولى :

تحديد أولية التنفيذ بالنسبة للالتزام بالطاعة ، وتسليم النفس الواجب على الزوجة ، و الالتزام بتسليم المهر المعجل الواجب على الزوج .

اتفقت كلمة الفقهاء على أن الرجل ملزم بتسليم المهر أولا ، ولا يجب عليها تسليم النفس قبل ذلك .[1]

واستدل الفقهاء لما ذهبوا إليه بعدد من الأدلة منها :

---

[1] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٨و ٤٨٩ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٢٨٤ وانظر ص ٢٩٠ / القرافي . الذخيرة . ج ٤ ص ٣٧٣ / الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٧ و ٢٩٩ / االنووي . روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٥٩ / النووي . المجموع . ج ١٦ ص ٣٤٠ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٥ ص ٣٩٠ / ابن مفلح . الفروع . ج٨ ص ٣٢٠ / ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٤١ و ١٧٧ و ج ٧ ص ١٦٣ / البغلي . حاشية ابن قندس . ج ٨ ص ٣٥٢

١ــ أن العقد رتب التزامات على طرفيه ، وذلك بإحداثه الملك وإيجاب المهر ، والمهـر إنمـا وجب في مقابلة إحداث الملك ؛ فوجب الوفاء به أولا [١].

٢ــ القياس على عقد البيع : فكما أن المشتري يجب عليه الوفاء أولا ، ثم البائع ، فكذلك في عقد الزواج ، على اعتبار أنه معاوضة من هذا الجانب ، فوجب على الزوج الوفاء بـالمهر أولا ؛ باعتباره عوضا لها [٢] .

٣ــ أن حق الزوج في المرأة متعين بالعقد ، وحق المرأة إنما يتعين بالقبض ، فوجـب القـول بإلزام الزوج بالتسليم أولا ؛ ليتعين تحقيقا للمساواة [٣].

٤ــ إن القول بإلزامها أولا بتسليم نفسها، ينبني عليه احتمال قوي بقيام خطر إتلاف البضـع ، وعلى فرض حصوله ، فلا يمكن التراجع فيه ، بخلاف المبيع [4]؛ فوجب ــ رعاية لخطر هـذا الجانب ــ القول بإلزام الزوج على الوفاء بالمهر أولا ، حتى مع قيام الخطر بإتلاف ما سـلم ؛ لضعف شأنه مقارنة مع الأول .

ويترتب على هذا القول : أن لها التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، حال مطالبته لهـا بتسـليم النفس ، إذا ما أقام دعوى الطاعة . أو حال دفعه دعواها ، مطالبتها بالنفقة ، بـدفع النشـوز ؛ ذلك أن تمسكها بالدفع بعدم التنفيذ مستند إلى سبب عائد إلى الزوج [٥].

---

[1] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٨ / النووي . المجموع . ج ١٦ ص ٣٣٨

[2] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٨٨

[3] ــ النووي . المجموع . ج ١٦ ص ٣٣٨

[4] ــ ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٦ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٧ ص ٣٩٠ / / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٢٨٤ وانظر ابن نجيم . البحر الرائق ج ٤ ص ٢٩٣ و ٣٠٢

[5] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٧ . حيث ورد فيها بثبوت النفقة لها حال إخلاله بتسليم المهر المعجل لأن الحبس هنا من قبله / أنظر القرافي . الذخيرة . ج ٤ ص ٣٧٣ / أنظر الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٨٧

هذا وإن الالتزامات الأخرى التي تجب على الزوج ، والمتمثلة في إعداد المسكن المناسب في نظر المشرع ، ومعاملته الزوجة بالحسنى ، وطيب المعاشرة ، حال إخلال الزوج بها، تثبت مستندا لها لتتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، سواء كان ذلك في دفعها لدعواه طلبه إياها الطاعة وتسليم النفس ، أو في دفعها لدفعه النشوز ، و الذي يسعى الزوج بتمسكه به ، إلى هدم دعواها النفقة حال إقامتها . فهذه الالتزامات المترتبة عليه ، واجبة التنفيذ أولا ، كما هو الحال بالنسبة للمهر . ذلك أن المرأة لاتتمكن من تنفيذ الالتزام الواجب عليها ، والمتمثل في تسليم النفس ، إلا في منزل واجب على الزوج إعداده ، بحيث تأمن الزوجة فيه على نفسها ، وعلى مالها ؛ فثبت عليه وجوب الابتداء بتنفيذ هذه الالتزامات أولا ؛ ليصار إلى الطلب إليها التنفيذ .

الصورة الثانية :

تحديد أولية التنفيذ بالنسبة للالتزام بالطاعة ، وتسليم النفس الواجب على الزوجة ، و الالتزام بالإنفاق الواجب على الزوج .

إن كلا من الالتزام بالإنفاق ، والالتزام بالطاعة ، متولد عن واقعة العقد ، إضافة إلى التزامات أخرى ، منها وجوب المعاملة بالحسنى ، ومنها وجوب إعداد المسكن المناسب على الزوج .
وفي العادة لا تتمكن المرأة من تنفيذ الالتزام الواجب عليها ، والمتمثل بالطاعة ، إلا إذا تم إعداد المسكن المناسب بما فيه ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ،لا بد لاستمرار الحياة من المعاملة بالحسنى ، بحيث تكون المرأة أمينة على نفسها وعلى مالها .

وبهذا فإن أولية التنفيذ تكون ، بأن يقوم الزوج بإعداد المسكن المناسب[1] بكل ما فيه ، متضمنا النفقات ، وأن يعامل زوجته بالمعروف ؛ بحيث تأمن على نفسها ومالها كما تقدم . فإذا تحقق

---

[1] ــ ابن نجيم . البحر الرائق ج ٤ ص ٣٠٣

ذلك كان له عليها حق الطاعة . وبهذا يظهر أن لكل منهما التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الآخر وفق ما يأتي :

١ـ حيث أن الالتزام بالطاعة ، وتسليم النفس الواجب على الزوجة ، معاصر للالتزام بالإنفاق الواجب على الزوج ، ذلك أن النفقة على أدنى حال ، هي جزاء الاحتباس[١] ، وحيث ثبت أن الاحتباس لأجله ، وجب عليه الإنفاق . إلا أن إخلالها بما وجب عليها، وذلك بنشوزها ؛ يسقط حقها في النفقة . كما أن امتناعه عن الإنفاق عليها ، يجعل امتناعها عن الطاعة مسوغا[٢] .

وعليه : فله إثارة الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الزوجة ، في دعوى النفقة ، حال إخلالها بالطاعة ـ المتمثل بالنشوز[٣] ـ . كما أن لها التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الزوج ، حال إقامته لدعوى الطاعة ، استنادا إلى إخلاله بما وجب عليه من التزام ، والمتمثل في عدم الإنفاق أو تقتيره .

٢ـ إن الالتزام المترتب على الزوج ، من إعداد للمسكن وتسليم للنفقات أو ما يقوم مقامها ، يجب الوفاء به أولا ؛ لتتمكن هي بالمقابل من تنفيذ الالتزام المترتب عليها، والمتمثل في إطاعته وتسليم نفسها له فيه .

وبهذا يثبت لها حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بمواجهته حال مطالبته لها بالطاعة إذا ما كان قد أخل بهذا الالتزام الواجب عليه .

---

[1] ـ أنظر ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٨

[2] ـ ابن نجيم . البحر الرائق ج ٤ ص ٣٠٤

[3] ـ ابن مفلح . المبدع ج ٨ ص ١٧٨ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٣٤ / تبيين المسالك ج ٣ ص ٢٤١

المطلب السادس : الالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة :

مدى إمكانية التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة.

إذا أنفق الوكيل من ماله الخاص ، وقام بالوفاء بما وجب على الموكل فيما وكل بشرائه فهل للوكيل الامتناع عن تسليم ما وكل به لحين استيفاء ما أنفقه على ما وكل به ؟ كأن اشترى بموجب وكالته سلعة لموكله ، ونقد الثمن من ماله الخاص ، ثم طالبه الموكل بالتسليم ، فهل له الامتناع عن التسليم ؟

اختلف الفقهاء المسلمون في هذه المسألة .

القول الأول :

أن للوكيل الامتناع عن تسليم ما أنفق عليه من ماله الخاص لصالح موكله ، إلى أن يستوفي ما أنفق . فإذا أقام الموكل دعواه في مواجهة الوكيل مطالبا بتسليم ما وكله بشرائه ، ثبت للوكيل الحق في حبس ما تحت يده ، إذا كان الوكيل قد نقد الثمن من ماله الخاص . وهو قول الأئمة الحنفية[1] .

أدلة هذا القول :

القياس على البيع : حيث يثبت للبائع الامتناع عن تسليم المبيع للمشتري ، إلى أن يستوفي الثمن الحال . والموكل قد ملك المبيع بعقد باشره الوكيل ، ونقد الثمن من ماله ، فاستحق للأخير على موكله ما نقد ، وبهذا يكون مبادلة حكمية . فالموكل يتلقى الملك فيه من الوكيل بالعوض ، كما يتلقى المشتري الملك في المبيع بالعوض من البائع ، وحيث ثبت لهذا الأخير حق الامتناع عن التسليم ، ثبت للوكيل ذات الحق بجامع ما ذكرت .

[1] ـ السرخسي . المبسوط ج ١٢ ص ٢٤٦ / تبيين الحقائق ج ٤ ص٢٦٢

ومما يدعم هذا القياس :

أ ــــ أن اختلافهما في الثمن يوجب التحالف .
ب ــــ أن الموكل إذا وجد في المبيع عيبا رده على الوكيل[١].

القول الثاني :
أن الوكيل لا يملك حبس ما تحت يده ، حتى وإن نقد الثمن من ماله الخاص ، ويجب عليه تسليم المبيع لموكله ، وله الحق في مطالبة الموكل بما نقد ؛ لأنه عامل له [٢]. وبه قال الإمام زفر من الحنفية .

أدلة هذا القول :

١ــ أن قبض الوكيل كقبض الموكل . وصار الأخير قابضا للمبيع بقبض وكيله له ودليله :
أن هلاك المبيع في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل . أي أن البيع قد تم ولزم بقبض الوكيل ، ولا ضمان على البائع إذا هلك المبيع بيد المشتري بعد التسليم ، بسبب لا يد للبائع فيه ، وكذلك لا ضمان على البائع إذا هلك المبيع بعد قبض الوكيل له ؛ لأن يده عليه كيد موكله ، فكأنه قبضه ثم دفعه إلى الموكل وذلك لمعنيين :
الأول : أنه صار أمانة في يد الوكيل ، والثمن دين في ذمة الموكل للوكيل ، ولا يملك الأمين حبس الأمانة بدين على صاحبها [٣]. قال تعالى : (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) [١]

---

[1] (االسرخسي . المبسوط ج ١٢ ص ٢٤٦ / تبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٦٢ / الكاساني . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤٨٥ طبعة / مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٣١ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٥١٦)

[2] (االسرخسي . المبسوط ج ١٢ ص ٢٠٤)

[3] (السرخسي . المبسوط ج ١٢ ص٢٤٥ وما بعدها / تبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٦٢ / مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٣١)

امر الله تعالى أن تؤدى الأمانة إلى أهلها . والوكيل أمين وليس للأمين حبس الأمانة بعد طلبها .

الثاني : القياس على البيع : فإذا سلم البائع المبيع طوعا، قبل أن يستوفي الثمن ، ثم أراد استرداده فلا يملك ذلك ؛ لأنه أسقط حقه ، والوكيل بقبضه المبيع كان كأنما قبضه الموكل . فبهذا لا يملك الامتناع عن التنفيذ وتسليم المبيع [٢].

٢ـ القياس على القرض : فالوكيل إذا اشترى من ماله الخاص للموكل ، فكأنه أقرضه ، والقرض لا يجيز حبس المبيع [٣].

وبدراسة كل من القولين السابقين ، وأدلة كل منهما ، نرى أن القول الأول يسعى لحفظ حق الوكيل بصورة آكد مما يحفظه به أصحاب القول الثاني ، ثم إن ما قام به الوكيل لا يعتبر إقراضا للموكل ، وبالتالي لا يسري عليه ما يسري على المقرض من عدم جواز حبس ما لديه للمقترض ، وأما القول بأنه أمانة وأن الأمانة توجب الحفظ و الرد ، فلا يملك الوكيل حبس ما تحت يده ، فهو استهلال في الاستدلال صحيح ، فالأمانة توجب الحفظ والرد ، لا الحبس ، إلا أن هذا الحكم للأمانة يسري عندما تنعدم العلاقة ما بين ما للوكيل في ذمة الموكل ، وما تحت يد الوكيل للموكل ، وحيث وجدت العلاقة التي تربط ما بين ما شغل ذمة الموكل وما تحت يد الوكيل ، جاز الحبس ، ثم إن الوكيل هنا ملزم بالحفظ وفق أحكام الأمانة ، وهو ما يوجبه الشرع ، وعليه رد ها إن قام الموكل بالوفاء بما عليه من التزام .

---

[1] (النساء آية ٥٨)

[2] (االسرخسي . المبسوط ج ١٢ ص ٢٤٥)

[3] (المراجع السابقة)

صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة .

تحديد الطرف الذي يملك حق التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، في الدعوى المتعلقة بـالالتزام الناشئ عن هذه العلاقة ، مبني على القول بجواز حبس الوكيل لما تحت يده ، حـال وفائـه بالثمن من ماله الخاص[١] . والذي ينبني عليه القول بوجوب التنفيذ على الموكـل أولا ، وذلـك بتسليم الثمن للوكيل . وهو ما قال به الحنفية ما عدا الإمام زفر رحمه الله تعالى[٢].
فالموكل يجب عليه الوفاء أولا للوكيل بما نقد هذا الأخير من ماله الخـاص لتنفيـذ مضـمون الوكالة . وإذا ما قام بمطالبة الوكيل بالتنفيذ ، دون أن يكون قد وفى بما ترتب عليه للوكيل مـن هذا الجانب ، أو استعد لتنفيذه ، ثبت للوكيل حق التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام بمواجهته .

ولا يخفى أن ما ذكره الحنفية في عقد البيع ، من اشتراط أن يكون المبيـع حاضـرا ، مقـدور التسليم ، وارد على ما يتعلق بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة بمناسبة عقد الوكالة . وعليه يثبت للموكل ــ إذا لم يحضر الوكيل المبيع ، أو لم يكن المبيـع بمحل التسليم ــ التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الوكيل ، حـال مطالبـة هـذا الأخير بالثمن ، أو حال تمسكه بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الموكل ، بحيث يكون مـا يثيره الموكل دفعا للدفع بعدم تنفيذ الالتزام . أي أن الموكل يزعم أن تخلفه عن الوفاء بسبب ناتج عن سلوك المدعى عليه (الوكيل) .

وبهذا ، يثبت للطرفين التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، في الصورتين المشار إليهما، وإن لم ينص الحنفية على الصورة الثانية نصا صريحا ، إلا أن الظاهر أن ما يطبق على البيع ، يطبق على عقد الوكالة من هذا الجانب . خاصة إذا علمنا أن مستند الحنفية في قولهم بجواز التمسـك

---

[1] ــ سيأتي في البحث المتعلق بنطاق الدفع ـــ التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة ــ بيان لأراء الفقهاء وأدلتهم في ذلك .

[2] ــ االسرخسي . المبسوط ج ١٢ ص ٢٤٦ / تبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٦٢ / الكاساني . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤٨٥

بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، في الدعوى المتعلقة بهذا الموضوع ، هو القياس على عقد البيع ، من حيث مشروعية تمسك البائع بهذا الحق في مواجهة المشتري .

المبحث الثاني : العلاقات الناشئة عن واقعة مادية

وفيه

المطلب الأول : الالتزامات الناشئة عن الإنفاق على الوديعة .

المطلب الثاني : الالتزامات الناشئة عن الالتقاط .

المطلب الثالث : الالتزامات الناشئة عن الإنفاق على المال المشترك .

١ ــ أن الإنفاق بغير إذن يعد من قبيل التبرع ، والمتبرع متطوع كالمتصدق ، لا يحق لــه الرجوع بما أنفق[١] ، عوضا عن الامتناع عن التسليم ، والتمسك بالدفع .

٢ــ أن المنفق حال عدم استئذانه مع إمكان ذلك لا يحق له الرجوع ؛ لأنه مفرط في حقــه ، إذ الرجوع فيه معنى المعاوضة ، فافتقر إلى الإذن والرضى كسائر المعاوضات [٢].

أما الفرض الثاني وهو ما ذكره فقهاء الحنابلة دون غيرهم ، ومضمونه أن المــودع لديــه إذا عجز عن الاستئذان ، وقام بالإنفاق فلهم فيها روايتان [٣] :

الأولى : يملك الرجوع على المالك بما أنفق ؛ على اعتبار أنه مضطر .

الثانية : لا يملك الرجوع ؛ وذلك باعتبار معنى المعاوضة .

وقيل : إذا تعذر عليه الاستئذان ، يرجع بشرط الإشهاد ، بالأقل مما أنفق ونفقة المثل[٤].

والأولى رعاية لمصلحة الجانبين الأخذ بما ذهب إليه الحنابلة من قولهم بجواز الرجــوع علــى المالك حال الضرورة ، دون أن يشترط لذلك الإشهاد ؛ ذلك أن الأشهاد قد يتعذر أحيانا ، هــذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فإن الإشهاد لحفظ الحق ، وللمنفق إثبات حقه بإشهاد أو بغيره .

---

[1] االسرخسي . المبسوط ج ١١ ص ١٦٨ و كذلك في ج ١١ ص ١١ من طبعة دار الكتب العلمية استدل به في اللقطة / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٤ ص ٣٨٩ وأنظر كتاب النفقات ــ الخصاف ص ٨٨ / ابن مفلح . المبدع ج ٤ ص ١٢٦

[2] ــ ابن مفلح . المبدع ج ٤ ص ١٢٧ ، لا يحق له الرجوع في هذه الحالة ، حتى وإن نوى الرجوع وصرح به.

[3] ــ ابن مفلح . المبدع ج ٤ ص ١٢٧ .

[4] ــ ابن مفلح . المبدع ج ٤ ص ١٢٧ .

أما الصورة الأولى : وهي حال اقتران إنفاق المودع لديه بالإذن ، سواء من قبل المالك ، أم من قبل القاضي ، ففي هذه الصورة يثبت للمنفق حق الرجوع على المودع بما أنفق ، وله الحق في الامتناع عن تسليم الوديعة لمالكها حال مطالبته بها لحين الوفاء بما للمنفق من حـق ، وبهذا مكن من إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام والتمسك به[1] .

وجه هذا القول :

أن امتناع المودع لديه عن التسليم للمودع ، ناتج عن امتناع المودع عن تنفيذ التزامـه تجـاه المودع لديه ، والمتمثل في وجوب الوفاء بالنفقات هذا من جهة ، ومن جهة ثانيـة ، فـإن مسؤولية المودع لديه توجب عليه حفظ الوديعة ، وبالإذن ترعى مصلحة المالك ، فلا بد مـن رعاية مصلحة المنفق ، وتتمثل هذه الرعاية في منحه مركزا قويا متمثلا في إقرار امتناعه عن التسليم للمودع ، لحين استيفاء ما له من حق ، والحكم بمشروعية تمسكه بالدفع بعـدم التنفيـذ سعيا لإلزام الطرف الآخر على الوفاء ، ولا شك أن هذا من باب السياسة الشرعية [٢].

إضافة إلى أن هذه النفقات الضرورية تعلقت بالعين ، وكانت وسيلة لحفظها من الهـلاك ، أو لحوق الضرر بها ، وإدامة لعينها ، والمعلوم أن ملك المودع ثابت في العين ، وبقي له تملك ما أفيدت منه الوديعة ، فأشبه المعاوضة ؛ فقلنا بحق حائز العين في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجه المودع [٣].

كما أن الوديعة من هذا الجانب لا تختلف عن اللقطة والوكالة ؛ ذلك أن المودع لديه قد ناب عن المالك فيما أنفق ، وكما أثبتنا للوكيل حق الامتناع عن التسليم حال وفاء الثمن مـن مالـه الخاص ، وللملتقط كذلك ، كان لا بد من القول بثبوت هذا الحق للمودع لديه ؛ تحقيقا للمساواة بين المودع والمودع لديه.

---

[1] ـــ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٣ ص ٨٥ / الإمام مالك . المدونة . ج ٧ ص ٢٣٧٦ .

[2] ـــ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٣ ص ٨٥ / الإمام مالك . المدونة . ج ٧ ص ٢٣٧٦ / النفقات ـــ الخصاف ص ٨٨ .

[3] ـــ السرخسي . المبسوط ج ١١ ص ١١ حيث استدل به في اللقطة .

وعليه حيث ثبت للمودع لديه الرجوع بالنفقات والامتناع عن تسليم الوديعة للمالك إلى أن يــف هذا الأخير للأول بما أنفق ثبت للمودع عليه حق التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهــة المودع في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن هذه العلاقة .

رأي القانون :

عالج القانون هذا الموضوع في الماد ٨٨٥ منه .

فقد أخذ القانون بمذهب الحنفية ، متبعا المجلة في المادة ٧٨٦ منها و ومرشد الحيران فــي المادة ٨٣٠ منه .

إلا أنه في حالات الضرورة ، والحالات المستعجلة نص القانون على جواز رجوع المنفــق على المالك بما أنفق ، وهو بهذا قد اتجه إلى رأي الحنابلة ، وذلك رعاية للمصلحة العامة ، حيث يحفظ به حق المودع ، وحق المودع لديه .

وهنا تطبق القاعدة القانونية العامة للدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، فيكون للمنفق الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، بذات الوقت الذي يكون للمالك الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

ولا يخفى أن تخلية المودع لديه بين المالك والوديعة ، بحيث يكون المالك قادرا علــى أخــذ الوديعة واستلامها ، بدون عائق من قبل المنفق ، فإن المنفق والحالة هذه يكون قد نفــذ مــا عليه من التزام . بحيث يسقط حق المالك في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

المطلب الثاني : الالتزامات الناشئة عن الالتقاط :

اختلف الفقهاء في جواز التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة بمناسبة اللقطة ، بوصفه التزاما ناشئا عن واقعة مادية .

فإذا قام الملتقط بالإنفاق على اللقطة ما هو ضروري لحفظها، فهل له الامتناع عن تسليمها لمالكها لحين استيفاء ما أنفق ؟

بالرجوع إلى نصوص الفقهاء نجد أنهم بحثوا هذه المسألة حال اقتران الإنفاق بإذن الحاكم أولا ، وحال عدم وجود الإذن ثانيا .

وعليه فهناك صورتان .

الأولى : أن يقوم الملتقط بالإنفاق على اللقطة ما هو ضروري لحفظها ، من غير إذن من الحاكم .

الثانية : أن يقوم الملتقط بالإنفاق على اللقطة بإذن الحاكم ، واشتراطه الرجوع بما أنفق .

فالصورة الأولى : وهي أن يقوم الملتقط بالإنفاق على اللقطة دون إذن من الحاكم بالإنفاق ، فهل لهذا الملتقط الامتناع عن تسليم اللقطة لحين استيفاء ما أنفق ؟ وهل له التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، إذا ما أقيمت الدعوى بمواجهته من قبل المالك ، مطالبا إياه بالتسليم ؟

للفقهاء في هذه الصورة قولان .

الأول : أن الملتقط لا يملك الامتناع عن التسليم ، وبالتالي لا يحق له التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام، حال إقامة الدعوى بمواجهته من قبل المالك ، مطالبا إياه بالتسليم . وهو قول الحنفية [1] والشافعية [2] والحنابلة[3] .

---

[1] ــــ فتح القدير ج ٦ ص ١١٨ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٦ ص ٤٣٣ / السرخسي . المبسوط ج ١١ ص ١١ / ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ٢ ص ٥٩

[2] ــ النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٢٩٠

[3] ــ أنظر الشرح الكبير ج ٦ ص ٣٦٩

وجه هذا القول :

أن المنفق بدون إذن يعد متبرعا ؛ لقصور ولايته عن إن يشغل ذمة المالك بالدين [1].

الثاني : أن المنفق على اللقطة ما هو ضروري لحفظها يحق له الامتناع عن تسليمها لمالكها، إلى أن يفي هذا الأخير بما ترتب عليه من التزام ، متمثلا بما استحق عليه للأول من نفقات ، وللمنفق التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، إذا ما أقام المالك دعواه مطالبا المنفق بالتسليم ؛ ذلك إن الإنفاق ولو بدون إذن يثبت دينا في ذمة المالك ، وحيث صلح هذا السبب لإشغال ذمة المالك ، صلح عدم الوفاء به من قبل المالك سببا للقول بمشروعية امتناع المنفق عن تسليمه اللقطة ، وحق استنادا إليه إثارة الدفع بعدم التنفيذ .

وبه قال المالكية [2] مستندين في ذلك إلى :

١ـ أن ما قام به الملتقط يمثل واجبا أداه عن صاحب اللقطة ، حفظا وصيانة لها، فكان له ـ بهذه الصفة ـ الحق في إمساكها ، والامتناع عن تسليمها ، إلى أن يستوفي ما له من حق[3] .

٢ـ أن هذه النفقة قد أفادت العين ، وتعلقت بها ، فوجب للمنفق حق ، ترتب عليها بهذا السبب ، قياسا على البيع : ذلك أن للبائع الامتناع عن تسليم المبيع بثمن حال لحين استيفاء الثمن ؛ رعاية لمصلحته ، ذلك أن حق المشتري ثابت بموجب العقد ، متعين لا يخشى عليه ، بخلاف البائع الذي لم يتعين حقه بعد في الثمن ، فكذلك حق المالك متعين لا خوف عليه ، بخلاف حق المنفق ، فكان لا بد من رعاية مصلحته .

٣ـ القياس على الرهن : ذلك أن امتناع الملتقط عن تسليم اللقطة للمالك ، لحين وفاء المالك للمنفق بما أنفق ، أمر مقر شرعا ، قياسا على حق المرتهن بالامتناع عن تسليم الرهن

---

[1] ـ فتح القدير ج ٦ ص ١١٨ .

[2] الخرشي ج ٧ ص ١٢٨ / حاشية الدسوقي ج ٥ ص ١٣٢ / الإمام مالك . المدونة . ج ٧ ص ٢٣٩١

[3] ـ الخرشي ج ٧ ص ١٢٨ / الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٥ ص ١٣٢

للمالك ، لحين استيفاء ما له من حق ، فحق للمنفق التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة المالك لحين استيفاء ما أنفق .[1]

وهو الأولى ؛ ذلك أن فيه رعاية للجانبين ، وفيه درء للمفاسد ، إذ قد يترك الناس حفظ اللقطة حتى لا تضيع حقوقهم .

الصورةالثانية : أن يكون الإنفاق من قبل الملتقط بإذن الحاكم .
ففي هذه الصورة للفقهاء اتجاهان .

الأول: أجاز للملتقط الرجوع على المالك بما أنفق ، وبالتالي مشروعية الامتناع عن تسليم اللقطة ، إلى أن يستوفي الملتقط ما أنفق .

الثاني : أجاز للملتقط الرجوع على المالك بما أنفق ، إلا أنه يمتنع على المنفق رفض تسليمها للمالك ، حتى لو لم يف هذا الأخير بما أنفق الملتقط .

القول الأول : وهو قول الحنفية [٢] ، وقول عند الحنابلة [٣] ، وقول المالكية من باب أولى[٤].
فإذا صدر الإذن للملتقط بالإنفاق حق له الرجوع على المالك ، وجاز له الامتناع عن تسليم اللقطة لمالكها ، لحين استيفاء ما له من حق . وبالتالي ملك المنفق إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة المالك .

---

[1] ـ الخرشي ج ٧ ص ١٢٨ / حاشية الدسوقي ج ٥ ص ١٣٢ / الإمام مالك . المدونة . ج ٧ ص ٢٣٩١

[2] ـ االسرخسي . المبسوط ج ١١ ص ١١ / فتح القدير ج ٦ ص ١٢١

[3] ـ الشرح الكبير ج ٦ ص ٣٦٩

[4] ـ الخرشي ج ٧ ص ١٢٨ / حاشية الدسوقي ج ٥ ص ١٣٢ / الإمام مالك . المدونة . ج ٧ ص ٢٣٩١

وجه هذا القول :

١ـ أن ملك صاحب اللقطة قائم ، ولكن بقي تملك النفقة ، وهي التي شكلت نفعا للقطة ، وهذه النفقة متعلقة بمالية اللقطة ذاتها ؛ فملك المنفق الامتناع عن التسليم قياسا على البيع .

٢ـ أن في الإذن بالإنفاق رعاية لمصلحة الجانبين ـ المنفق و المالك ـ ، ذلك أن للقاضي ولاية في مال الغائب رعاية لمصلحته ، وله الإذن للمنفق بالاستيفاء رعاية لجانبه أيضا ، فثبت له حق الامتناع عن التنفيذ ؛ تحقيقا للمساواة [1].

القول الثاني : وبه قال الإمام أبو يوسف من الحنفية [2] ، وهو قول الشافعية [3] ، والقول الثاني عند الحنابلة[4] .

يجب على المنفق تسليم اللقطة لمالكها ، ولا يحق له الامتناع عن تسليمها له ، وبالتالي حرم من الانتفاع من الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، حال مطالبة المالك له بالتسليم ، وإذا أثار المنفق هذا الدفع لم يقر عليه .

وجه هذا القول :

أن إنفاق الملتقط إذا كان بأمر الحاكم وإذن منه ، وانفق بمعروف ، فالحاكم ضامن للوفاء بما أنفق ، بما له من ولاية وسلطة . ذلك أن للمنفق الطلب إلى القاضي استيفاء ما له من حق ، فإذا تقدم المنفق بذلك ، فللقاضي إلزام المالك بالوفاء ، وإذا تعذر كان للقاضي بيع اللقطة ، والوفاء للمنفق بما أنفق بالمعروف ، فإذا ثبت هذا ؛ امتنع على المنفق حبس العين ، وحرم من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، حال مطالبة المالك له بتسليم اللقطة[5] . هذا من جهة ، ومن

---

[1] ـ فتح القدير ج ٦ ص ١٢١ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٦ ص ٤٣٣ / ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ٢ ص ٥٩

[2] ـ فتح القدير ج ٦ ص ١٢١

[3] ـ النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٢٩٠ / الغزالي . الوسيط في المذهب . ج ٤ ص ٣٠٨

[4] ـ الشرح الكبير ج ٦ ص ٣٦٩

[5] ـ الماوردي . الحاوي الكبير . ج ٨ ص ٧ / النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٢٩٣

جهة أخرى ، فإن المنفق مع عدم الإذن يعتبر متبرعا ، والمتبرع لا يرجع بما أنفق ؛ ذلك أن النفقة غير واجبة عليه في الأصل [1].

ونخلص إلى أن القول بجواز الامتناع عن تسليم العين لمالكها هو الأقوى ، لما ذكره أصحاب هذا القول ، وأن ما ذكره الفريق الثاني ، من أن للمنفق الرجوع إلى القضاء ليقوم بالاستيفاء بواسطته ، استنادا إلى ما للقاضي من ولاية الإجبار ، يجاب عليه بأن المقصود من حبس العين ليس الاستيفاء منها مباشرة ، إذ لا يملك المنفق بيعها بدون إذن القاضي ، وإنما الغاية من احتباسها السعي لإلزام الخصم على التنفيذ ، وهذا لا شك فيه رعاية لمصلحة كل من المالك والمنفق ، فلا يباع على المالك بدون أمر القضاء ، فلا يكون الاستيفاء بالذات مباشرة ، فلا يشكل الحبس خطرا على المالك ، إذ لا يفوت به حقه ، وبذات الوقت يشكل الامتناع عن التسليم وسيلة ضغط لإلزام المالك على التنفيذ ، دون حاجة للجوء إلى القضاء .

---

[1] ــ النووي . المجموع . ج ١٥ ص ٢٩٣

صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن الإيداع والالتقاط .

مالك العين الملتقطة ، أو المودعة، هو الطرف الملزم بالتنفيذ أولا ، ويجب عليه أن يقوم بالوفاء بما ترتب عليه من نفقات ، بمناسبة الإيداع[1] أو الالتقاط[2] . وعليه فإن المنفق – حائز العين – ، هو من يحق له التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة المالك، في دعواه المطالبة بالتسليم ؛ ذلك أنه لا بد من رعاية مصلحة المنفق ، وتتمثل هذه الرعاية في منحه مركزا قويا، متمثلا في إقرار امتناعه عن التسليم للمودع ، لحين استيفاء ما له من حق ، والحكم بمشروعية تمسكه بالدفع بعدم التنفيذ ؛ سعيا لإلزام الطرف الآخر على الوفاء . أما مصلحة المالك فهي في حفظ ملكه من الهلاك ، وقد تم بفعل المنفق .

إلا أنه يجب على المنفق أن يكون مستعدا لتسليم ما بيده لمالكه ، وأن يزيل ما من شأنه أن يحول بين المالك وملكه – إذا كان هذا الحائل بسببه – ، إذا استعد المالك للوفاء بما عليه من نفقات .
كأن يضع المنفق العين في دار لها غلق لا يتمكن المالك من الوصول إليها إلا بفتحه فهنا يجب على المنفق إزالة هذا العائق ليتمكن المالك من قبض ماله من حق .

---

[1] – السرخسي . المبسوط ج ١١ ص ١١ / فتح القدير ج ٦ ص ١٢١ / الشرح الكبير ج ٦ ص ٣٦٩ / الخرشي ج ٧ ص ١٢٨ / حاشية الدسوقي ج ٥ ص ١٣٢ / الإمام مالك . المدونة . ج ٧ ص ٢٣٩١

[2] – – الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٣ ص ٨٥ / الإمام مالك . المدونة . ج ٧ ص ٢٣٧٦ هذا وقد اختلف الفقهاء في أصل المسألة وقد ورد بحثها خلال بحث نطاق الدفع – في مبحث الوديعة ومبحث اللقطة قريبا .

المطلب الثالث : الالتزامات الناشئة عن الإنفاق على العقار المشترك .

صورة هذه المسألة ، أن تكون هناك شركة بين شخصين ، أو أكثر ، في عين ، ويقوم أحد الشركاء بالإنفاق على هذه العين ما لا بد منه لبقائها ، أو للتمكن من الانتفاع بها . فإذا قام أحدهم بالإنفاق عليها ، وفق ما ذكر ، فهل يحق له منع الأخرين من الانتفاع بها ، إلى أن يقوموا بالوفاء بما خصهم من النفقات ؟ وهل يملك المنفق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الباقين ، إذا طالبوا بالانتفاع . اختلف الفقهاء في ذلك .

أولا : في المذهب الحنفي

يعرض فقهاء المذهب الحنفي رأيهم في هذه المسألة من خلال صورتين .

الأولى : أن يقوم الشريك بالإنفاق بعد أخذ الإذن بذلك ، سواء من الشريك أم من القاضي .

الثانية : أن يقوم الشريك بالإنفاق دون أخذ الإذن بالإنفاق .

في هذه الصورة هل يحق للمنفق الامتناع عن تمكين الشريك الأخر من الانتفاع ، لحين الوفاء بما خصه من النفقات ، وهل للمنفق إثارة الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، والتمسك به ، على اعتبار أن ما أنفق ملزم للشريك ، فلا بد من الوفاء به ليتمكن من الانتفاع .

لفقهاء الحنفية قولان .

القول الأول : أن الشريك المنفق بلا إذن لا يملك المطالبة بما أنفق ، ولا الرجوع به على الشركاء الآخرين ، وعليه لا يملك منع الآخرين من الانتفاع بالعين ، وفقد حقه في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، بل ويجبره القاضي على الإذن لهم في الانتفاع بما يخصهم .

وجه هذا القول :

أن المنفق بدون إذن من الشريك ، أو القاضي مع قدرته على الحصول على الإذن، يعتبر إنفاقه من قبيل التبرع ، والمتبرع لا يرجع بما أنفق ، وحيث لا يملك الرجوع لا يملك منعهم من الانتفاع ؛ وحرم من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

القول الثاني : يفرق أصحاب هذا القول بين ما يكون قابلا للقسمة من الأعيان ، وما لا يكون قابلا القسمة .

فالأول : وهو ما كان قابلا للقسمة ، فلا يرجع الشريك المنفق بشيء من النفقة على الشركاء[1] الآخرين ؛ لأن له القسمة ، وحيث ملك القسمة ، فالأولى له أن يقسم ويبين ما خصه ، فإذا أنفق مع قدرته على القسمة لا يكون مضطرا لهذه النفقة ، وهو بهذا متبرع ، والمتبرع لا يرجع ، وعليه لا يملك منعهم من الانتفاع .

أما الثاني : وهو ما لا يمكن قسمته مع بقاء عينه ، أو بقاء جنس منفعته بعد قسمه ، ففي هذه الحال ، إذا كان لا بد من النفقة من أجل الانتفاع بالعين ، وإبقائها ، ملك المنفق الرجوع بما أنفق ؛ لاضطراره لهذه النفقة ، وحق له منع الباقين من الانتفاع ، إلى أن يقوموا بالوفاء بما يخصهم من النفقات ، وعليه ملك إثارة الدفع بعدم التنفيذ بمواجهتم إذا ما طالبوا بمنع معارضته لهم في الانتفاع .

والضابط في بيان ما كان قابلا للقسمة من غيره ، ما نسب إلى الإمام الحلواني : " كل من أجبر أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير إذن الآخر لم يرجع لأنه متطوع إذا كان يمكنه أن يجبر وإذا لم يجبر لم يكن متطوعا " [2]

أما الصورة الثانية : وهي أن يتم الإنفاق بإذن من الشريك ، أو من القاضي .

ففي هذه الصورة ، للمنفق الرجوع بما أنفق على العين المشتركة على الشركاء الآخرين ، كل وفق حصته ، وينبني على ذلك ، أن من أوفى بما عليه ملك الانتفاع ، ومن لم يف بما عليه

---

[1] ـــ ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ٢ ص ٢٠٤ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٨ ص ١٤٧

[2] ـــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٨ ص ١٤٨

ملك المنفق منعه من الانتفاع ، ومكن من الاستفادة من الدفع بعدم التنفيذ ، إلى أن يقوم الممتنع عن الوفاء بالوفاء بما عليه .

ومثل فقهاء الحنفية المسألة بصورة ما إذا كان هنالك بناء ، أو قطعة أرض مشتركة معمورة ، فتهدمت ، بحيث لا يمكن الانتفاع بأي جزء منها إلا بعد إعادة الإعمار ، فهل يملك المنفق التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الآخرين ؟ على اعتبار أن من حقه منعهم من الانتفاع بما أنفق عليه .

بناء على الوجه الأول : أي أن يكون الإنفاق للتمكن من الانتفاع بدون إذن ، ينظر :

أولا : إذا لم يمكن قسمة المال المشترك ، وأنفق عليه أحد الشريكين ، فعلى القول الأول ، لا يرجع على الشريك بأي شيء من النفقة ؛ لأنه متبرع ، ولا ولاية له على شريكه في إيجاب دين يشغل ذمته بدون رضاه ، فلا يملك المنفق بناء على هذا القول منع الشريك من الانتفاع بالمال المشترك بعد الإنفاق عليه من قبل الأول [1]. وإذا أقيمت الدعوى من قبل الشريك على شريكه ، مطالبا إياه بتمكينه من الانتفاع بالمال المشترك، لا يملك المنفق الامتناع استنادا إلى امتناع الشريك عن الوفاء ، وفقد حقه في التمسك بعدم التنفيذ .

وبناء على القول الثاني : فإذا كان المال قابلا للقسمة اعتبر المنفق متبرعا وبالتالي فقد حقه في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

أما إذا كان المال غير قابل للقسمة ، كان للمنفق الرجوع بما أنفق ، سواء كان بإذن أو بدون إذن ، وبهذا يملك المنفق إثارة الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الشريك الممتنع عن الإنفاق ، إذا ما طالب هذا الأخير الأول بالتمكين من الانتفاع . واستحسن بعض المتأخرين القول بأن له الرجوع بقيمة ما يخص حصة الشريك من البناء ، إذا كان بدون أمر القاضي ، فيملك المنفق بناء على هذا القول الدفع بعدم التنفيذ بخصوص قيمة هذا المقدار فقط ، وكذلك إذا أنفق بإذن

---

[1] ــ ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ٢ ص ٢٠٥ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٨ ص ١٤٧

القاضي رجع بما أنفق ، فملك المنفق إثارة الدفع بعدم التنفيذ بكامل ما أنفق ، سواء زاد عن قيمة المال المنفق أم لا [١].

أما الحالة الثانية : وهي البناء بإذن الشريك ، أو أمر القاضي ، فللمنفق الرجوع على الشريك بما انفق . وإذا امتنع الشريك عن الوفاء بما وجب عليه من نفقات كان للمنفق أن يمنع صاحبه من الانتفاع ، وبهذا ملك حق إثارة الدفع بعدم التنفيذ [٢].

في المذهب المالكي :

يفرق بين حالتين :

الأولى إذا كان بإمكان الشريك مراجعة الحاكم .

الثانية إذا لم يكن بإمكان الشريك مراجعة الحاكم .

في الحالة الأولى : إذا رفع الشريك الأمر للحاكم يخير الشريك الممتنع بين أمرين هما :

الأول : أن يقوم الشريك الممتنع بالإنفاق والبناء .

الثاني : البيع إلى شخص يقوم بالبناء .

أما إذا لم يقم باختيار أحد الأمرين يقوم القاضي ببيع ذلك عليه ـ أي على الشريك الممتنع[٣] ـ .

الثانية : وهي حال إذا لم يتمكن من مراجعة الحاكم ، فهنا يفرق فقهاء المالكية بين فرضين .

---

[1] ـ ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ٢ ص ٢٠٥ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٨ ص ١٤٧

[2] ـ ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ٢ ص ٢٠٥ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٨ ص ١٤٧

[3] ـ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٨٥

الأول : أن لا يكون الشريك المنفق مضطرا للبناء والإنفاق ، كأن يتمكن من القسمة مــثلا ، فلا يملك إجبار شريكه على الإنفاق أصلا ، وإذا أنفق أحدهما كان متبرعا . ولا يملك الرجوع على الباقين بما أنفق[1] ؛ وعليه فلا يملك منعهم من الانتفاع بالمشترك .

الثاني : أن يكون الشريك مضطرا للبناء والإنفاق ، كما لو كان المال المشترك ممــا لا يمكــن قسمته ، وقام أحد الشركاء بالإنفاق على المال المشترك ؛ لاضطراره . ملك الرجــوع علــى الباقين بما أنفق ، وحق له منعهم من الانتفاع به ، لحين وفاء كل منهم بما عليه من نفقات وفق حصته .

قال في حاشية الدسوقي :

" وعلي الذي لم يعمل ما ينوبه من الأجرة للعمل .... ثم أراد الدخول معك أعطاك ما ينوبه من قيمة ذلك يدفع ذلك إليك " [2] .

هذا وإن ما يرجع به المنفق ، هو قيمة ما أنفق ، لا ما أنفق بالفعل ، كما لو زاد ما أنفق عن القيمة المتعارف عليها ، فيكون منعه لهم لحين استيفاء قيمة ما أنفق وعمل [3] .

وعليه ، يثبت للشريك المنفق منعهم من الانتفاع ، وأقر على تمسكه بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، بحدود قيمة ما أنفق . بناء على القول بأن له الرجوع بما أنفق .

أما بناء على القول بأنه لا يملك الرجوع على الشركاء الأخرين بما أنفق؛ لأنه يعد متبرعا كما تقدم ، فلا يثبت له هذا الحق ، وحرم من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

في المذهب الشافعي :

يوجب فقهاء الشافعية على الشريك رفع الأمر للقضاء ، والقاضي يجبر الشريك على الإنفاق ، فإذا لم يرفع إلى القضاء يفرق بين حالتين[4] .

---

[1] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٨٢

[2] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٨٢

[3] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٨٢

[4] ــ النووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ٤٥٢

الأولى : إذا كان بالإمكان رفع الأمر إلى القضاء ينظر :

* إذا كان بدون إذن من الشريك وجهان :

الأول : لا رجوع على شريكه بما أنفق ، ولا يملك الحق في منـــع الشـــريك مـــن الانتفـــاع بالمشترك ، ويترتب عليه حرمان المنفق من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ؛ ذلك أن المنفق فـــي هذه الحالة يعد متبرعا ، فلا حق له في الرجوع . وهو المذهب عند السادة الشافعية .
الثاني : له الرجوع ، وعليه يثبت له منع الشركاء من الانتفاع ، وله إثارة الدفع بعـــدم تنفيـــذ الالتزام والتمسك به بمواجهتهم ، وقيل هذا المذهب القديم وقيل الجديد .

الثانية : إذا لم يكن بإمكان الشريك مراجعة الحاكم عند الإنفاق ، فهنا يملـــك الرجـــوع علـــى شريكه بما أنفق ، وله منعه من الانتفاع به ، وإذا ما أقام الشريك الممتنع عن الإنفاق دعـــواه مطالبا منع معارضة الشريك المنفق له في انتفاعه بالمال المشترك ، ملك الشريك المنفق حـــق التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام بمواجهته .

هذا وإن محل الرجوع ، والامتناع من تمكين الشريك من الانتفاع به ، هو بخصوص ما قـــام المنفق والباني ببنائه ، وإعادته بأدوات من عنده[1] ، أما إذا أعادهـــا بـــأدوات الممتنـــع ، أو بأنقاض المال المتهدم على سبيل المثال ، لا يثبت له منع شريكه ؛ لأن ملك شـــريكه ثابـــت ، وهو حق خالص له ، فلا يملك منعه . فالبئر المتهدم مثلا ، إذا أصلحه أحدهما ، وأنفق عليه ، وامتنع الآخر عن الإنفاق ، لا يملك المنفق منع الممتنع من الانتفاع ؛ لأن حقه ثابت لـــه ، أما إذا أحضر الشريك حبلا ودلوا من عنده ، أو سكب فيه ماء من خالص حقه ، فلـــه منـــع الشريك من استخدام الحبل والدلو ، وله منه الشريك من أخذ الماء في هذه الصورة .
قال الإمام النووي رحمه الله تعالى :

---

[1] ـــ النووي . روضة الطالبين ج ٣ص ٤٥٢

" .... ومتى بنى بآلة نفسه فله منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد أما من السكون فليس له منعه لأن العرصة ملكه ...... وأما البئر فليس له منعه من الشرب "[1] . بهذا يظهر أن العلة في عدم تمكينه من الانتفاع بالمعاد ، إلا بخصوص ما قام المنفق بإعادة بنائه من أدواته الخاصة ، هـو أن ملك الشريك الممتنع عن الإنفاق ثابت في غيره ـ غير الأدوات التي قـدمها المنفـق مـن خالص حقه ـ ، فلا يمنع من الانتفاع بملكه . أما ما أعيد بناؤه من قبل الشريك المنفق مـن خالص ماله ، فله منعه ؛ لأنه خالص حقه .

في المذهب الحنبلي :

إذا كان مما للقاضي فيه ولاية الإجبار ، يجبر الشريك على الإنفاق ، فإن أبى أخذ الحاكم من ماله ، وأنفق عليه فإذا لم يكن له مال ينظر .

أولا : إذا كان الإنفاق قد تم بإذن من الشريك أو الحاكم ، فللمنفق الرجوع على الشريك بمـا أنفق[2] ، وثبت له منعه من الانتفاع ، وبهذا ثبت له التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

ثانيا : إذا كان بدون إذن يفرق بين أمرين [3].

الأول : إذا كان الإنفاق بنية التبرع ؛ فليس له الرجوع ، وبالتالي لا يملك منع شـريكه مـن الانتفاع ، وفقد حقه في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

الثاني : إذا لم يكن بنية التبرع ، ففيه وجهان :

---

[1] ـ المرجع السابق

[2] ـ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٥ ص ٤٨

[3] ـ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٥ ص ٤٦

أحدهما : لا يملك الرجوع . فلا يثبت له منع الشريك من الانتفاع ، .وعليه فقد حقه في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الأخر ، إذا ما أقام دعواه مطالبا التمكين من الانتفاع .

والأخر : يملك حق الرجوع ، وثبت له منع الشريك من الانتفاع إلى أن يقوم الممتنع عن الإنفاق بالوفاء بما ترتب عليه للمنفق .

وعليه ثبت له الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الآخر ، إذا ما أقام دعواه مطالبا التمكين من الانتفاع .

هذا جميعه إذا كان البناء بأدوات من عنده . أما إذا كان بنفس الآلة والأدوات المشتركة ، فلا يحق للباني منع شريكه من الانتفاع [1] ، وعليه لا يملك التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وإذا ما أثاره فلا جدوى منه ، إلا بسط الادعاء بالنفقات أمام القضاء ، ليجبر شريكه على الوفاء بما أنفق ، دون أن يكون له الحق في منعه من الانتفاع كما تقدم .

الرجوع إلى ما ذكر نجد أن الاحتمالات العقلية المفروضة في مثل هذه المسألة لا تعدو احتمالين:

أولهما : وجود الإذن سواء من المحكمة أو الشريك .

ثانيهما : عدم وجود الإذن .

وفي هذا الاحتمال ينعدم وجود الإذن إما بسبب تقصير المنفق ، وإما بسبب تعذره .

فإذا كان بسبب تقصير من المنفق ، بحيث كان يمكن مراجعة الشريك ، ومطالبته بالإعمار ، أو مراجعة القاضي ، وللقاضي في هذه الحالة إلزام الشريك بالإنفاق ، أو الإذن للمستدعي بالإنفاق ، وحيث قصر المنفق في حق نفسه ، وتجاوز في التصرف بدون إذن فالعدالة تقضي بأن يحرم من الرجوع بما أنفق وبالتالي لا يملك منع صاحبه من الانتفاع .

إما إذا تعذر الإذن لسبب أو لآخر ، بحيث كان مضطرا للنفقة ، فالأولى تمكين المنفق من الرجوع ، وذلك رعاية لمصلحة الجانبين ، فالمنفق تتمثل رعاية مصلحته بإقرار إنفاقه لتحصيل

---

[1] ـ ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٥ ص ٥٠

المنفعة وحفظ ملكه ، دون أن يلحق ذلك ضررا بمصلحة الشريك الآخر ، خاصة أنه ينتفع بما أنفق الأول .

إلا أن حدود ما يرجع به المنفق تكون بقدر قيمة ما أنفق ، وذلك وفق ما هو معروف ، رعاية لجانب الشريك الآخر ، ذلك أن المنفق قد يقصر في تحصيل النفقة بقيمة أقل مما أنفق ، فوجب أن لا يتعدى أثر تقصيره إلى غيره ، وعليه تشغل ذمة الشريك الأخر بقيمة ما أنفق لا بما أنفق بالفعل ، والله أعلم.

أما حال وجود الإذن : فلا خلاف في جواز رجوع المنفق على شريكه بما أنفق ، إذا ما كان الإذن أشبه بالتوكيل ، إما إذا كان مقيدا بالعرف فالمنفق يرجع بالأقل من نفقة المثل وما أنفق بالفعل .

وحيث ثبت له الرجوع فالأولى منحه حق منع شريكه من الانتفاع ، إلا إذا تم الانفاق بناء على اتفاق بغير ذلك ، فيجب اتباعه ، وإلا فالأولى منح المنفق حق منع الشريك من الانتفاع إلى أن يقوم بالوفاء للمنفق بما عليه من نفقات ، وما ذلك إلا تأسيسا على ما بني عليه تشريع هذا الحق ، وهو محاولة لإجبار الشريك على الوفاء بالنفقات ، لما في ذلك من رعاية لمصالح الجانبين وحفظ حقوقهما .

صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن الإنفاق على المال المشترك [1].

نخلص إلى القول بأن شرط الرجوع في النفقة في هذا المبحث أن ما قام أحدهما من إنفـاق على العين ما هو إلا أمر ضروري ، إما لبقائها ، وإما لدوام جنس المنفعة المستوفاة منهـا . في حين لم يقم الأخر بالإنفاق، أوامتنع من ذلك . فمن هو الملزم بالتنفيذ أولا ؟

الالتزامات المتبادرة على كل من الطرفين هي : أن يقوم الممتنع عن الإنفاق بالوفاء بما خصـه من النفقات ، وتكاليف العمل ، أو أن يبدي استعداد ه للوفاء بها بأدنى حال ، وذلك قبـل أن يقدم مطالبته بتمكينه من الانتفاع ، أو خلال عرضها أمام القضاء ، حال سؤاله عن ذلك .

وكذلك الأمر ، إذا ما طالب المنفق بالحكم له على المدعى عليه ــ الممتنـع عـن الإنفـاق ــ بالنفقات ، وطلب إلزامه بدفعها . وجب عليه ــ المدعي ــ أن يبدي استعداده لتمكين المـدعى عليه من الانتفاع بالعين المشتركة بعد أن تم الإنفاق عليها .
مما تقدم يظهر أن المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو .

١ــ يحق للمنفق التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الشريك الأخـر ، فـي دعـواه مطالبته بالتمكين من الانتفاع ، إذا لم يقم الشريك المطالب بتمكينه من الانتفاع (المدعي) بالوفاء بما خصه من نفقات ، أو أبدى استعداده للوفاء بها .

---

[1] ــ ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ٢ ص ٢٠٥ / ابن عابدين . رد المحتار علـى الـدر المختار ج ٨ ص ١٤٧ / حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٨٢ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ٤٥٢ / ابن قدامة . المغني . والشرح الكبير ج ٥ ص ٤٦ وما بعدها وسيأتي مزيد بحث مفصل عند الحـديث عن نطاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام . وهذا مبني على القول بالرجوع بما أنفق ، أو قيمته ، وثبوت حق منع الآخر من الانتفاع .

٢ـــ يحق للشريك الذي كان ممتنعا عن الإنفاق أن يتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام، في مواجهة شريكه المنفق، حال مطالبة هذا الأخير للأول بالوفاء بالنفقات التي أنفق على العين المشتركة ، وقيمة العمل دون أن يكون المنفق (المدعي) مستعدا لتمكين الممتنع (المدعى عليه) مـــن الانتفاع .

ويتضح ذلك كما لو أن أحدهما قام بالإنفاق على دار مشتركة بينهما، ما هو ضروري لهـــا ، بحيث لا يمكن الانتفاع بها دون هذا الإنفاق .
فإذا طالب الشريك الممتنع عن الإنفاق شريكه ، بتمكينه من الإنتفاع . مكن الثاني ــ المنفق ــ ، من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، في مواجهة المدعي، استنادا إلى أن المطالب بـــالتمكين من الانتفاع لم ينفذ ما عليه من التزام ، والمتمثل بما خصه من النفقات ـــ سواء كانـــت النفقـــة بالفعل ، أم ما قدرت به النفقات . زاد أو نقص عن المنفق .

كما هو الحال فيما لو أقيمت الدعوى من قبل المنفق ، مطالبا الحكم له بما أنفـــق ، و إلـــزام شريكه بما خصه من النفقات ، دون أن يكون المدعي مستعدا لتمكين المدعى عليه من الانتفـــاع بما تزول عينه ، مما أنفق ، أو أنفق عليه . ثبت للمدعى عليه حق التمسك بالدفع بعـــدم تنفيـــذ الالتزام ، في مواجهة المدعي ؛ على اعتبار أنه ممتنع من تمكينه من الانتفاع في الحال ، أو أنه امتنع عن تمكينه، حتى زال ما أنفق عليه، بحيث لا يمكن الانتفاع منه .
كمن أنفق على محراث ، ما هو ضروري للتمكن من استيفاء منفعته ، وما أنفق على مطحنة ؛ للتمكن من استيفاء المنفعة منها، ثم طالب المنفق بالحكم له بما أنفق ، وإلزام شريكه بدفعه له ، يثبت هنا للشريك حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، في مواجهة المدعي ؛ ذلك أن المدعي امتنع عن تمكينه من الانتفاع بالمحراث ، حتى مضت مدة بحيث لا يمكن الانتفاع به إلا بإنفاق جديد ، وكذلك يقال فيما لو كانت العين مضخة ماء، لتروي أرضهما ، فامتنع أحدهما عن دفـــع ثمـــن الوقود اللازم لتشغيلها، وفي كل نفقة تزول مع الزمن . أو تستهلك بالاستهلاك . فإنـــه يثبـــت للمدعى عليه التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، في مواجهة المدعي ، أي أن موضوع الدعوى غير واجب عليه ؛ بسبب أن المدعي لم يمكنه من الانتفاع .

رأي القانون :

في القانون المدني عولج هذا الموضوع في المواد ١٠٧٠ – ١٠٧٣ ، حيث بين بأن على كل مالك في الشقق والطبقات أن يشترك في تكاليف حفظ الأشياء المشتركة وصيانتها وإدارتها وأن ما يخصه من التكاليف يكون بنسبة ما يملك ، على أن من يتسبب في زيادة التكاليف يكون مسؤولا عنها ، وهذا أشبه بقاعدة عامة فيه ، فحيث لا تلزم النفقات ، لا يجب على الشريك شيء .

وإذا قام أحد الشركاء بالإنفاق على البناء ما هو ضروري له ، ليتمكن وباقي الشركاء من الانتفاع بما هو مشترك بينهم ، ثبت له الرجوع على الشركاء الباقين بما أنفق ، كل بنسبة حصته ، وذلك إذا كان هذا الإنفاق

أ ــ بإذن من الشركاء

ب ــ أو بإذن من المحكمة صاحبة الاختصاص .

وثبت هذا الحق للشريك المنفق وفق ما تقدم ــ أي له أن يرجع بما أنفق .

أما إذا امتنع باقي الشركاء عن الإنفاق ، فقام الشريك بالإنفاق بدون إذن الشركاء وبدون إذن المحكمة ثبت له الرجوع على الباقين كل بنسبة حصته من قيمة ما أنفق وقت الإنفاق ، وبهذا اختلف فيما يرجع به في هذه الحالة عن سابقتها .

إلا أن الإنفاق إذا تم بدون مراجعة للشركاء ، وبدون إذن منهم ، ولا من المحكمة ، فلا يرجع المنفق بشيء من ذلك على الشركاء ، ويعتبر ما قام به تبرعا .وحيثما ثبت للمنفق الرجوع على

الفصل الرابع : مسقطات الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

مسقطات الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

تمهيد .

إن كل شرط من شروط قبول الدفع الموضحة في بداية هذه الأطروحة يشكل انعدامه أو الإخلال به دفعا للدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، إضافة إلى طائفة من المسقطات أوضحها في هذا الفصل على سبيل المثال لا الحصر ، ذلك أن الدفع بعدم تنفيذ الالتزام هو دفع موضوعي ، وحيث أن الدفع دعوى ، ولا يمكن حصر الدعاوى ؛ ذلك أنها تتعدد بتعدد الحقوق ؛ فلا يمكن حصر مسقطات الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، إلا أن هذه الطائفة التي ذكرت هي أمثلة واقعية مما يثار في المحاكم من قبل الخصوم ، ويصلح أن يقال عنه بأنه دفع للدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

هذا وإن ما ذكرته في هذا الفصل من مسقطات ودفوع قد لا تنطبق على الدفع بعدم التنفيذ بكافة صوره . بل قد تنطبق على شيء دون آخر . وذلك بحسب طبيعة الالتزام المستند إلى الإخلال به في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ .

المبحث الأول : الحوالة .

المطلب الأول : آثار حوالة الدين

المطلب الثاني : أثر الحوالة على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

المطلب الأول : آثار حوالة الدين[1] .

أولا : آثار الحوالة بالنسبة للمحيل والمحال

- في المذهب الحنفي :
- لفقهاء الحنفية ثلاثة اتجاهات .

الأول : يمثله الإمام أبو يوسف ، وهذا الاتجاه يرى أن الحوالة تؤدي إلى براءة ذمة المحيل من الالتزام الواجب عليه تجاه المحال ؛ ذلك أن المحال قد قبل المحال عليه بديلا عن المحيل الأصلي .

الثاني : ويمثله الإمام محمد ، وهو أن المحيل لا يبرأ من الالتزام ، إلا أنه يبرأ من المطالبة .

الثالث وهو ما ذهب إليه الإمام زفر ، أن المحيل لا يبرأ من الالتزام ولا من المطالبة .

---

[1] ـ من معاني الحوالة في اللغة الانتقال والتغير .

ومنها : الحوالة تحويل ماء من نهر إلى نهر .

وتحول انتقل من موضع إلى موضع لسان العرب ج ١١ ص ١٨٨-١٨٩ ، طبعة ١٣٨٨هـ ـ ١٩٨٦م، قال تعالى " خالدين فيها لا يبغون عنها حولا " .

واحتال الدين : نقله إلى ذمته ، والحوالة اسم من أحال الغريم إذا دفعه عنه إلى غريم آخر. المعجم الوسيط ج ١ ص ٢٠٩

وفي الفقه قال عنها الشيخ الزرقا : هي عقد موضوعه نقل المسؤولية بالدين عن المدين الأصلي إلى غيره .

المدخل الفقهي ج ١ ص ٦١٠ ـ طبعة دار القلم ١٩٩٨م

وعلى كلا القولين فإن هذه البراءة مقيدة بسلامة حق المحال . فهي بهذا ليست براءة نهائية ، بل للمحال الرجوع بالدين على المحيل ، إذا توافرت شروط خاصة[1] .

ومبنى هذا الخلاف هو الاختلاف فيما تنقله الحوالة ، هل هـو المطالبـة فقـط أم الالتـزام والمطالبة . فاتجه الإمام محمد إلى أن الحوالة تنقل المطالبة فقط دون الالتزام ، أما الإمام أبو يوسف فقد ذهب إلى أن الحوالة تنقل الالتزام والمطالبة معا .

واستدل الإمام أبو يوسف لما ذهب إليه :

١ـــ أن المحال له إبراء المحال عليه من الدين ، وله هبته له ، ويعتبر مـا صـدر منـه صحيحا، بخلاف ما إذا قام المحال بإبراء المحيل (المدين) ، أو هبته له ؛ مما يوجـب الحكم بانتقال الدين إلى ذمة المحال عليه ، إذ لو لم ينتقل ؛ لصح الإبراء للمحيل ، وصحت الهبة له[2] .

٢ـــ في حال صدور الحوالة صحيحة ، مستوفية شروطها ، للمحيل اسـترداد الـرهن . وحيث ثبت له استرداده ، دل على أن الدين انتقل[3].
هو ما اتجهت إليه مجلة الأحكام العدلية في المادة ٦٧٣ من المجلة ، وأخذ به مرشد الحيران في المادة ٨٧٦ منه .

وهو ما اتجه إليه القانون المدني حيث نص في المادة ٩٩٣ منه على أن الحوالة تنقل الدين والمطالبة .

---

[1] ــ تبيين الحقائق ص ١٧٣-١٧٤ .

[2] ــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٨ ص ٥ .

[3] ــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٨ ص ٥

استدل الإمام محمد لما ذهب إليه :

١ـ أن المدين ، وهو المحيل ، له الوفاء بما وجب عليه بنفسه بعد صدور الحوالـة، ولا يملك الدائن المحال الامتناع ، فدل على أن الدين لازم ذمة المحيل، لم يتحول عنها، وإنما الذي انتقل المطالبة وحدها ؛ وبانتقالها إلى المحال عليه تسقط عن المدين (المحيل) ؛ ذلك أن القول بانتقال الدين يمنع من إجبار المحال (الدائن) من قبول الدين ، إذا قـام المحيـل بالوفاء بنفسه؛ ذلك أنه يكون متبرعا ؛ لخلو ذمته عن هذا الدين ، ولا يجبر المحال ـ كما هو الحال بالنسبة إلى أي شخص آخر خارج نطاق هذه العلاقة ـــ، على قبول تبرع مـن الغير.

٢ــ إذا قام الدائن (المحال) بإبراء المحال عليه من الدين ، فلا يملك هـذا الأخيـر رد الإبراء . بخلاف ما إذا وهبه إياه ، فللمحال عليه رد الهبة ، وهذا باتفاق ، فامتنع القول بأن المنتقل الدين . إذ لو كان المنتقل الدين ؛ لصح رد الإبراء كما صـح رد الهبـة . والقـول بامتناع رد الإبراء من قبل المحال عليه ، يقتضي لزوم الدين ذمة المدين (المحيل) ، وعدم انتقاله[1] .

٣ـ إذا قام المحال (الدائن) بإبراء المحال عليه ، يترتب على ذلك براءة ذمـة المحيـل (المدين) ، وبهذا لا يملك المحال المطالبة بالدين . أما إذا كان ما قام به المحال هبة الدين للمحال عليه ، فإنه والحالة هذه لا تبرأ ذمة المحيل (المدين) ، وله مطالبته بالدين[2].

ويوضحه أن المحال إذا أبرأ المحال عليه ، بقوله أبرأتك من الدين ، الـذي أحلـت بـه عليك ، تبرأ ذمة المحيل ؛ ولا يحق للمحال مطالبة المحيل به .

أما إذا قال المحال للمحال عليه ، وهبتك الدين الذي أحلت به عليك ؛ يبقى للمحال في هذه الحالة مطالبة المحيل ؛ ذلك أن ذمته لا زالت مشغولة، ولم تبرأ من الدين .

---

[1] ــ االسرخسي . المبسوط ج ٢ ص ١٦١-١٦٣ .

[2] ــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٨ ص ٥ .

٤ـ استدل الإمام محمد لما ذهب إليه ، بثبوت حق الرجوع للمحال على المحيل، حال إنكار الدين من قبل المحال عليه ، ولا بينة ، أو إذا مات مفلسا . فحيث ثبت حق الرجوع ، دل على أن الدين ثابت في ذمة المحيل (المدين) ، ولم ينتقل ، إذ لو انتقل لما صحت المطالبة حال الإفلاس أو الموت[١] .

٥ـ أن القول بانتقال الدين في الحوالة، من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، يستلزم القول بصحة توكيل المحال المحيل ، في قبض الدين من المحال عليه، ولما لم يصح توكيله المحيل ، في قبض المحال به من المحال عليه ، دل على أن المنتقل هو المطالبة وحدها ، دون الدين ؛ ذلك أن القول بانتقال الدين ، يعني أن المحيل أصبح أجنبيا ، وبه يصح توكيله، فلما منع توكيله في قبض المحال به ، دل على أنه لا زال في ذمته[٢] .

٦ـ أن القول بصحة فسخ الحوالة من قبل المحيل ، أو المحال ، يوجب القول بأن المنتقل هو المطالبة لا الدين ، إذ لو كان المنتقل الدين ، لما مكن المحيل ، أو المحال من فسخ الحوالة[٣].

أما الإمام زفر فقد ذهب كما تقدم إلى أن الحوالة لا تنقل الدين، ولا المطالبة . إنما غايتها ضم ذمة إلى ذمة ، فهي عنده كالكفالة حال الإطلاق . أما إذا كانت مقيدة فهي كفالة ورهن .

وجه ما ذهب إليه الإمام زفر رحمه الله :
أن الحوالة ماهي إلا توثيق للدين بذمة جديدة ، وشأن هذا التوثيق ، أن لا يبرأ به المدين ، بل غايته أن يجيز مطالبة المحال عليه، مع بقاء الدين على المحيل[١].

---

[1] ـ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٨ ص ٥ .

[2] ـ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٨ ص ٥ .

[3] ـ االسرخسي . المبسوط ج ٢ص ١٦٢ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٨ ص ٥

*في المذهب المالكي:

تبرأ ذمة المحيل من الالتزام بمجرد انعقاد الحوالة. أما ما يطرأ بعد ذلـك ، كمـوت المحال عليه ، أو إفلاسه ، أو إنكاره الدين الذي للمحيل عنده قبل الحوالة ، ولا بينة ، فإن الحوالة تبطل ، ولا تصح ، لأن من شروط صحتها ، أن يكون الدين ثابتا ، فـإذا كان المحال عليه مفلسا قبل الحوالة، مع علم المحيل بذلك ، دون أن ينـذر المحـال ، يثبت للمحال الرجوع على المحيل بالحق المحال به ؛ على اعتبار أن المحيل قد غرر بالمحال ؛ فحق له الرجوع [٢].

- في المذهب الشافعي :

يبرأ المحيل من دين المحال ، ويبرأ المحال عليه من دين المحيل .

وبهذا ينتقل حق المحال إلى ذمة المحال عليه . ومعنى ذلك أنه باق بعينه إلا أن محله قد تغير، وبهذا يمتنع رجوع المحال على المحيل ، سواء بفلس أو جحود للدين ، قياسـا على أخذ المحال عوضا فتلف في يده . وبه سقط حقه في الرجوع على المحيل في هذه الحالة ، على اعتبار أن ما تم استيفاء . ويستثنى من ذلك حالة واحدة : هي جهل المحال بفلس المحال عليه، إذا كان قد اشترط يسار المحال عليه ، أما بدون اشتراط ، فلا حق له في الرجوع ، بالرغم من جهله بفلس المحال عليه ، وإعساره ؛ ذلك أنه قصر فـي حق نفسه فحرم من حق الرجوع على من كان خصما له [٣].

*عند الحنابلة:

إذا صدرت الحوالة صحيحة ، فإن المحيل يبرأ من الدين بمجرد صدور الحوالة ، دون أدنى اعتبار لموت المحال عليه قبل الوفاء ، أو إفلاسه ، أو إنكاره الدين [٤].

---

[1] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢ .

[2] ــ الخرشي ج ٥ ص ٢٣٦.

[3] ــ الكوهجي . زاد المحتاج بشرح المنهاج ج ٢ ص ٢٢٠ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ٤٦٦

[4] ــ أبو النجا . الإقناع في فقه الإمام أحمد . ج ٢ ص ٨٣ / ابن قدامة . المغنـي . ج ٣ ص ١٦٥ طبعة المكتبة التوفيقية .

ثانيا : آثار الحوالة بالنسبة للمحيل والمحال عليه :

ينقطع حق المحيل في مطالبة المحال عليه، بما للأول على الأخير من دين ، وذلك بالقدر اللازم لوفاء الدين ، الذي للمحال [1].

أثر بطلان الالتزام المقيد به الحوالة :

أولا : في المذهب الحنفي .

إذا كانت الحوالة مقيدة ، بدين للمحيل على المحال عليه ، وظهرت براءة ذمة المدين من هذا الدين، أو انقضاؤه ، بسبب سابق على الحوالة ، فإن الحوالة تبطل، ويسقط التزام المحال عليه تبعا لذلك .

أما إذا كان انقضاء الدين بسبب عارض بعد الحوالة، كما لو أحال البائع دائنه على المشتري ، بثمن المبيع ، ثم هلك المبيع عند البائع قبل التسليم ، وترتب عليه سقوط الثمن عن المشتري ـ المحال عليه ـ ، فإن الحوالة في هذه الصورة لا تبطل ؛ لأن ذلك لا أثر له على التزام المحال عليه، حيث أن الثمن يلزم ذمة المشتري بمجرد العقد ، وقبل التسليم ، ولا يؤثر هلاك المبيع على الحوالة التي انعقدت صحيحة [2].

أما إذا أبطل الالتزام المقيد به الحوالة كأن كان ثمن مبيع ثم استحق المبيع وكان المحال عليه (المشتري) قد وفى الثمن إلى دائن البائع قبل الاستحقاق يثبت للمحال عليه (المشتري) الرجوع بما أدى إما على المحيل الذي أدى الدين بدلا منه وإما على المحال الذي قبض الدين ذلك أن بطلان البيع أدى إلى بطلان الحوالة وهذا ما نصت عليه المادة ٩٠٥ من مرشد الحيران .

ثانيا : في المذهب المالكي .

---

[1] ـ تبين الحقائق ج ٥ ص ١٧٣

[2] ـ أنظر المادة ٩٠١ مرشد الحيران والمادة ٦٩٣من المجلة .

يرى ابن القاسم ، أن الحوالة تظل صحيحة إذا أبطل الالتزام المقيد به الحوالة ، وإن المدين الجديد ـ المحال عليه ـ يظل ملتزما بالوفاء للمحال ، وله بعد ذلك الرجوع على المحيل بما وفى ، وهناك رأي آخر ، ينص على أن فسخ أو بطلان الالتزام المقيد به الحوالة يسقط الحوالة ، وعلى المحال الرجوع على المحيل ، إذا أراد استيفاء ما له من التزام [1] .

ثالثا : في المذهب الشافعي .

يفرق علماء المذهب الشافعي بين ما إذا كان سبب البطلان سابقا على الحوالة ، أو تاليا عليها .

أما الحالة الأولى :

إذا كان سبب البطلان سابقا على الحوالة. فإن التزام المحال عليه يسقط ، وتبطل الحوالة .

أما الحالة الثانية : وهي إذا كان سبب البطلان تاليا على الحوالة . فإن التزام المحال عليه يبقى قائما، وإذا أدى فله الرجوع على المحيل [2].

رابعا : عند الحنابلة .

إذا بطل الالتزام المقيد به الحوالة يبقى التزام المحال عليه قائما ، وحال أدائه له الرجوع على المحيل بما أدى[3] .

---

1 ـ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٥ ص ٣٢٦-٣٢٧ ـــ منح الجليل ص ٢٢٩ .

2 ـ االنووي . روضة الطالبين ج ٤ ص ٢٣٥ طبعة المكتب الإسلامي ـ زهير الشاويش

3 ـ أبو النجا . الإقناع في فقه الإمام أحمد . ج ٢ ص ٨٣ طبعة دار الكتب العلمية ـ الأولى

المطلب الثاني : أثر الحوالة على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

بناء على ما تقدم من بيان لطبيعة الحوالة في الفقه الإسلامي ، وآراء الفقهاء في ذلك ، وبيان أثر الحوالة على الالتزامات القائمة بين أطرافها، قبل عقد الحوالة والالتزامات التي نشأت بين الأطراف بعدها ، يدرك أثر الحوالة على الدفع بعدم التنفيذ ، من حيث اعتبارها من مسقطات الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، ومدى الفائدة التي يحققها المتمسك بها ، في مواجهة من أثار الدفع بعدم التنفيذ .

من ذلك كله يظهر أن للفقهاء اتجاهين :

الاتجاه الأول :

ويمثله الإمام أبو يوسف من الحنفية [1] وعند الإمام محمد إذا كانت مطلقة ، وهو قول المالكية [2]، والشافعية [3]، والحنابلة [4].

ويعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن الحوالة من مسقطات الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وعليه يصلح الدفع بالحوالة أن يكون دفعا للدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

---

[1] ــ تبيين الحقائق ص ١٧٣ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٨ ص ١٠ / الكاساني . بدائع الصنائع ج ٣ ص ٣٢٦٤ مطبعة الإمام / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧ / أنظر المادة ١٠٠٢ من القانون المدني الأردني

[2] ــ الخرشي . حاشية الخرشي . ج ٥ ص ٢٣٦

[3] ــ أنظر الكوهجي . زاد المحتاج بشرح المنهاج ج ٢ ص٢١٩ / النووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ٤٦٦

[4] ــ ابن قدامة . المغني . ج ٣ ص ١٦٥/ أبو النجا . الإقناع في فقه الإمام أحمد . ج ٢ ص ٨٣ / ابن مفلح . المبدع ج ٤ ص ٢٧٠ / المرداوي . الإنصاف ج ٥ ص ٢٢٢ / أنظر الرحيباني . مطالب أولي النهى ج ٣ ص ٣٢٤

وهذا القول مبني على أن الحوالة تنقل الدين ، ويترتب عليها براءة ذمة المحيل ، سواء في ذلك اعتبرت ــ الحوالة ــ استيفاء للحق، وبالاستيفاء وجب على الطرف المقابل تنفيذ ما وجب عليه من التزام ، وتغير وصف امتناعه عن التنفيذ من امتناع مشروع إلى امتناع غير مشروع ؛ لاختلال شرط من شروط شرعية هذا الامتناع ، فاختل تبعا لذلك شرط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ .

أم اعتبرناها عقد إرفاق مستقل، وتكون بهذا من قبيل الاعتياض . فكأن الممتنع قد زال سبب امتناعه عن التنفيذ ، بتنفيذ الطرف المقابل للالتزام ، بصدور الحوالة [١]. وكذلك إذا اعتبرنا أنها تسقط المطالبة عند المدين الأصيل فقط .

الاتجاه الثاني :

ويمثله الإمامان محمد بن الحسن[٢] إذا كانت الحوالة مقيدة ، وزفر من أئمة المذهب الحنفي. فالإمام زفر فنظر إليها على أنها ــ أي الحوالة ــ إما كفالة ، حال الإطلاق ، أو كفالة ورهن ، حال التقييد[٣] ، فلا يسقط بها لا الدين ، ولا المطالبة ،عن المدين (المحيل) .

أما أثر هذه الحوالة على الدفع بعدم التنفيذ ، حال إثارته في مواجهة الطرف المقابل ، فإنه يفرق بين أمرين

الأول : إذا كان المحيل هو المتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، بأن أحال شخصا آخر خارج نطاق الالتزام القائم ، بما وجب له على المدعي (في الدعوى المتعلقة بالالتزام القائم) ، فإن الحوالة والحالة هذه ، تسقط المطالبة وتبرأ بها الذمة ، و يسقط تبعا لذلك الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، المثار من قبل المدعى عليه (المحيل)، ويصلح الدفع

[1] ــ أنظر المادة ٢٨٢ من المجلة

[2] ـ محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني .
اصله من قرية في دمشق .صحب ابا حنيفة وعنه اخذ الفقه ثم عن ابي يوسف
وهو الذي نشر علم ابي حنيفة رضي الله عنه فيمن نشره .
ولي قضاء الرقة للرشيد . قضاء الر ي و بها مات سنة تسع وثمانين ومائة وهو ابن ثمان وخمسين سنة
وفي اليوم الذي مات فيه الكسائي فقال الرشيد دفن الفقه والعربية بالري ابن قطلوبغا،تاج التراجم ،ص ١٨٧-١٨٨ .الجواهر المضية ٣/١٢٢-١٢٣

[3] ــ السرخسي . المبسوط ج ٢ ص ١٦١-١٦٣ . الكاساني . بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢

بالحوالة على هذا الوجه ، أن يكون دفعا للدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وحال ثبوتها يرد الدفع وتثبت الدعوى الأصلية ، ويجبر المتمسك بالدفع(المحيل) على التنفيذ ، وفق طبيعة الالتزام .

الثاني : إذا كان المحيل هو المدعي (في الدعوى المتعلقة بالالتزام القائم) ، بأن أحال المدعى عليه(المتمسك بالدفع) ، بالالتزام الواجب عليه تجاه هذا الأخير ، على شخص آخر خارج نطاق العلاقة التي ولدت الالتزام ، فلا تعتبر هذه الحوالة مسقطة للدفع بعدم التنفيذ ، عند أصحاب الاتجاه الثاني ، ولا تصلح دفعا له ؛ ذلك أن الحوالة كالكفالة ، وحيث أن الالتزام باق ؛ ثبت للمدعى عليه ــ المحال ــ التمسك بالدفع بعدم التنفيذ [1].

فإذا أقامت الزوجة دعوى نفقة على زوجها ، فدفع الزوج دعواها بعدم تنفيذها للالتزام المترتب عليها، وذلك أنها ناشز، فدفعت دفعه هذا ، بعدم تنفيذه هو للالتزام المترتب عليه، وهو عدم تسليمه المهر المعجل ، والملزم بتسليمه أولا ، فأثار الزوج دفع الحوالة ، على اعتبار أنها أحالت عليه بالمهر شخصا آخر، فهنا باتفاق الفقهاء تعتبر الحوالة مسقطة للدفع بعدم التنفيذ ، حال ثبوتها ويرد بها الدفع بعدم تنفيذ الالتزام (عدم تسليم المهر المعجل) .

أما إذا دفع بالحوالة ، وذلك أنه أحال المرأة بمهرها المعجل على غريم له آخر، فعلى القول بسقوط المطالبة وانتقال الدين وبراءة ذمة المحيل (الزوج) ، تعتبر الحوالة مسقطة للدفع بعدم التنفيذ (انشغال ذمته بالمهر المعجل)، وتعتبر دفعا صحيحا له .

أما على القول بأن الحوالة لا تنقل الالتزام ، ولا المطالبة ، فلا تعتبر مسقطة للدفع بعدم التنفيذ (انشغال الذمة) ، وإذا أثيرت كدفع ، فلا أثر لها على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام،

---

[1] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢ / االسرخسي . المبسوط ج ٢ ص ١٦٢ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٨ ص ١٢ / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧

وتعتبر غير منتجة في الدعوى ، فلا تتكلف المحكمة أمر التحقيق فيها ، ولا سؤال الخصم عنها .

هذا : وفي كل حال حكم فيها ببطلان الحوالة ، على التفصيل الذي مر ذكره لدى الفقهاء المسلمين، لم تكن هذه الحوالة مسقطة للحق في التمسك بالدفع ، ولا صالحة للتمسك بها كدفع للدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

وبتدقيق جميع ما ذكر ، نرى أن القول بعدم سقوط الدفع بالحوالة ، يحفظ حق الدائن بصورة أكد مما اتجه إليه الجمهور .

إلا أن أثر الحوالة ، وفق ما اتجه إليه الجمهور ،والقول بأنها تسقط الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؛ ذلك أنها تنقل المطالبة والدين ، إذ لو لم تكن كذلك فما الحاجة إليها ، خاصة أنها تختلف عن عقود التوثيق ، من حيث قيام هذه التوثيقات في الغالب مع وجود المصدر المنشئ للالتزام ، بخلاف الحوالة التي دائما ما تكون تابعة في وجودها ، فدل على أن الغاية منها تحويل كامل الدين المتعلقة به من ذمة إلى ذمة ، بحيث يعد أداء معتبرا ، مما يرتب عليه زوال وانقضاء العقود التأمينية والتوثيقات ، فكان الأخذ بهذا الاتجاه أولى .

المبحث الثاني : الإبراء .

المطلب الأول : محل الإبراء .

المطلب الثاني : أقسام الإبراء وأثره على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام

المطلب الأول : محل الإبراء[1] .

---

[1] ـــ برئ من الدين وبرئ من العيب والتهمة خلص وخلا ، أنظر المعجم الوسيط ج ١ ص ٣٢ -٣٣ / وأنظر الزمخشري . أساس البلاغة ج ١ ص ٣٨ / والمنجد ص ٣١.

وقد اختلف الفقهاء في تكييف الإبراء هل هو أسقاط ، أم تمليك .

الاتجاه الأول :

وبه أخذ الحنفية ، والمالكية ، والشافعي في الجديد: أن الإبراء إسقاط فيه معنى التمليك ، أنظر الهداية شرح بداية المبتدي ج ٢ ص ٩٣و ج ٣ ص ٢٣٠ . مواهب الجليل ج ٥ ص ٢٣٢ طبعة دار الفكر ـــ الطبعة الثانية . االنووي . روضة الطالبين ج ٤ص ١٩٣—١٩٤ ،

وهو بهذا يرد بالرد من المبرأ عند الحنفية ، وذلك باعتبار المحل الوارد عليه الإبراء ، ابن نجيم . البحر الرائق ج ٦ ص ١٧٩، وقول في المذهب المالكي. الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٩٩

الاتجاه الثاني :

وهو قول عند الشافعية ، وقول الحنابلة. : بأنه إسقاط محض ، فلا يشترط فيه القبول ؛ وعليه فلا يرتد بالرد.

االنووي . روضة الطالبين ج ٤ص ١٩٣—١٩٤ المرداوي . الإنصاف ج ٥ ص ٢١٨.

والصحيح أنه إذا نظر إليه من جانب المبرئ (صاحب الحق) يبرز جانب الإسقاط ، وإذا نظر إليه من جانب المبرأ ، فهو تمليك ، أما القول بأنه يرتد بالرد ، فذلك لأنه لا سلطان لأحد في إدخال شيء في ملك آخر بدون إرادته .

وقد أخذ القانون المدني بالاتجاه الأول ، حيث اتجه إلى اعتبار الإبراء أسقاطا فيه معنى التمليك ، حيث لا يشترط فيه القبول إلا أنه يرتد بالرد ، فقد عالجت المادة ٤٤٥ منه حقيقة الإبراء لا يتوقف الإبراء على قبول المدين إلا أنه يرتد برده وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته . وأنظر في ذلك المواد ٢٣٤و٢٣٩ من مرشد الحيران و ١٥٦٢و١٥٦٨ من المجلة .

وتظهر ثمرة القول بأن الإبراء يرتد بالرد ، مع أنه لا يشترط فيه القبول ، فيما إذا مات المبرأ قبل القبول ، فهنا يعتبر الإبراء صحيحا معتبرا ويحق للورثة التمسك بالدفع بالإبراء لدفع الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ـــ

الإبراء قد يكون محله دينا أو عينا وقد يكون إبراء عن الدعوى .

١ـ الإبراء عن الدين :

يصح الإبراء عن الديون ، سواء كان إبراء استيفاء ، أم إبراء إسقاط ؛ ذلك أن الديون أوصاف لازمة في الذمة، قابلة للإسقاط .

٢ـ الإبراء عن العين :

الإبراء عن الأعيان لا يرد إلا أن يكون إبراء استيفاء [1] .

ذلك أن الأعيان تستوفى بذواتها ، ولا يمكن إسقاطها، فالمبرئ عن العين يكون قد قبضها ، واستوفى بقبضها حقه .

حال جواز تمسكهم بهذا الدفع مع أنهم ليسوا أطرافا في الالتزام في الأصل ـ ، واعتبار دفعهم به صحيحا معتبرا منتجا إذا ما أثير . أنظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ـ حول المواد ٤٤٤و٤٤٥ .

وبهذا يظهر أثر رد الإبراء ـ حال التمسك بالدفع بالإبراء ـ في مواجهة المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، وينبني عليه الحكم .

فالقائل بأن الإبراء يرتد بالرد ، فإن هذا الرد يصلح دفعا للإبراء إذا أثاره من تعلقت به مصلحته ، وبالتالي يتلاشى أثر الإبراء على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

أما القائل بأن الإبراء لا يرتد بالرد ، فلا يصلح عنده الرد دفعا لدعوى الإبراء المثارة كدفع للدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، بل بمجرد زعم المبرئ بأن المبرأ قد رد الإبراء، يعتبر إقرار منه بالإبراء ، وعليه يقر المتمسك بالإبراء على تمسكه ، ويحكم برد الدفع بعدم التنفيذ المقام من قبل المبرئ ، وما يقال بالنسبة للرد يقال بالنسبة للقبول حال اشتراطه لصحة الإبراء .

[1] ـ ابن نجيم . البحر الرائق ج ٧ ص٤٤٤-٤٤٥.

أما إبراء الإسقاط فلا يتصور في الأعيان ؛ ذلك أنها واجبة الأداء بذواتها ، فلا يصح فيها الإسقاط، ولا تقبله . إلا إذا صدر الإبراء عن دعوى العين ، فهو ابراء صحيح منتج [1].

---

[1] ــ ابن نجيم . البحر الرائق ج ٧ص ٤٤٣ــ٤٤٤/ الزرقا . المدخل الفقهي العام م ٣ص ١٧٦-١٧٧ / الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ج ٣ ص ٤١١/ الرافعي . العزيز شرح الوجيز . ج ٢ ص ٢٦١ / ابن قدامة . المغني . ج ٩ص ٨٨ .

المطلب الثاني : أقسام الإبراء وأثره على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام

أقسام الإبراء :

ينقسم الإبراء إلى عدة أقسام، وذلك باعتبارات مختلفة .

الأول : من حيث القبض وعدمه .

ويقسم الإبراء بهذا الاعتبار إلى نوعين :

النوع الأول : إبراء الاستيفاء .

النوع الثاني : إبراء الإسقاط .

أما الأول : وهو إبراء الاستيفاء فيعني إقرار الشخص بقبض ، واستيفاء حقه ، الذي هو في ذمة الآخر [1].

فقول الخصم لخصمه أبرأتك ، براءة قبض واستيفاء ، يعتبر إقرار منه باستيفاء حقه الذي وجب له ، وبراءة ذمة المبرأ منه .

ولا يشترط أن يتم ذلك بصيغة معينة ، فمجرد الإقرار باستيفاء الحق ، يعد إبراء منه ، وبهذا تنعدم المطالبة في محل الإبراء.

أما الثاني : وهو إبراء الإسقاط ، فقد عرفته المادة ١٥٦٣ من المجلة ونصها " إن إبراء الإسقاط هو أن يبرئ أحد الآخر بإسقاط تمام حقه الذي هو عند الآخر أو يحط مقدارا منه من ذمته " .

فإذا أبرأ صاحب الحق خصمه ، إبراء إسقاط ، برئت ذمته ، ولا يملك المطالبة بالحق بعد ذلك .

---

[1] ـ السرخسي . المبسوط ج ١٨ ص ١٦٧

ويظهر أثر ذلك على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام برده ، وانعدام أثره ؛ لأن مستند الدفع قد زال ، فيزول معه وينعدم أثره . فإذا طالب المشتري البائع بتسليم المبيع وتمسك البائع بالدفع بعدم تنفيذ المشتري لما وجب عليه من التزام ، وذلك بانشغال ذمته بالثمن الواجب الأداء حالا ، يثبت للمشتري حق إثارة الدفع بالإبراء[١] . وفي هذه الحالة ينظر ، فإن ثبت الدفع (الإبراء) وصدر صحيحا معتبرا ، رد الدفع بعدم التنفيذ ، وثبتت الدعوى ـــ إذا لم يوجه لها دفوع أخرى ـــ واستحق المشتري تسليم المبيع ، وإن لم يثبت رد دفع الإبراء ، وثبت الدفع بعدم التنفيذ ـــ إذا لم يوجه له دفع آخر ـــ وحكم بموجبه في الدعوى .

الفرق بين إبراء الاستيفاء وإبراء الإسقاط

١ـــ من حيث الضمان أو الكفالة :

براءة الاستيفاء تتعدى للأصيل ، إذا صدرت للضامن أو الكفيل ، ذلك أن مقصود طالب الحق هو الوصول إلى حقه ، وقد حصل ، وبالاستيفاء يبرأ الكفيل والأصيل .

فإذا أبرأ البائع كفيل المشتري بالثمن ، براءة استيفاء ، فإن هذه البراءة تتعدى للمكفول (المشتري) ، ذلك أن غاية البائع من الكفالة ضمان استيفاء ما له من حق ، وقد تم ، وبه تبرأ ذمة المكفول .

أما براءة الإسقاط فلا تتعدى للأصيل ، فإذا صدرت براءة الإسقاط للكفيل تنحصر به ، ولا تتعدى للأصيل المكفول ، ولا تبرأ به ذمته ، وتبقى مشغولة بالحق لصاحبه، وتتوجه له المطالبة به [٢] .

[1] ـــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧ / الكاساني ، الكاساني . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٦٢ ، مطبعة الإمام الناشر زكريا علي يوسف .

[2] ـــ ابن نجيم . الأشباه والنظائر ص ١٠٣ / علي حيدر . درر الحكام . ج ص٨٢٠ ، وانظر كذلك ما ورد في المجلة المادة ٦٥٥ منها " لو أجل الدائن دينه في حق الأصيل يكون مؤجلا في حق الكفيل . ... أما تأجيله في حق الكفيل فليس بتأجيل في حق الأصيل . " والوجه في ذلك أن الكفيل فرع ، والمدين أصل .

فإذا أبرأ البائع كفيل المشتري بالثمن براءة إسقاط ، فإن هذه البراءة تنحصر بالكفيل؛ ذلك أنه أسقط المطالبة عنه ، ولا تتعدى للمكفول ، فتبقى ذمته مشغولة بالحق ، ويجب عليه الأداء

ويظهر الفرق في ذلك على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام : أن المدعى عليه إذا أبرأ كفيل المدعي من الحق براءة استيفاء ، فقد حقه في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ؛ ذلك أن
براءة الكفيل تتعدى في هذه الحالة إلى الأصيل ، فيبرأ ، وبهذه البراءة يعتبر المدعي قد أدى ما وجب عليه من التزام للمدعى عليه ، فاختل شرط التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ـ حيث أن من شروط قبوله صدور إخلال من الطرف المقابل بما عليه من التزام ، وبالإبراء ظهر أن المدعي قد نفذ ما عليه من التزام ، فاختل شرط قبول الدفع ، فسقط .

أما إذا أبرأ المدعى عليه الكفيل براءة إسقاط ، فإن هذه البراءة لا تتعدى إلى المدعي (المكفول) ، لإنها لا تسقط إلا المطالبة عن الكفيل وحسب ، وبالتالي يثبت للمدعى عليه التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة المدعي .

٢ـ اذا ابرأ الدائن المدين من الدين ينظر . فإن كان ابراء استيفاء ، فإنه يقع على سبيل التقاص ؛ ذلك أن إبراء الإسقاط لا يرد إلا على الديون ، وما يثبت في الذمم ، أما الأعيان فلا يرد عليها هذا الإبراء، وبهذا فإن حقيقة الوفاء تتمثل في أن المدين بوفائه قد شغل ذمة الدائن بما وفى ، فيكون الدائن بهذا مدينا للمدين ، بمثل الدين ، فيقع التقاص بين الدينين ، فتمتنع المطالبة ؛ إذ لو عاد الدائن وطالب المدين ، لحق للمدين مطالبته بالمثل .[1]

والأصل لا يتبع الفرع . علي حيدر . درر الحكام ص ٨١٤ . وانظر ما سيأتي بعد صفحات ـ الإبراء المؤقت .

[1] ـ الزرقا . المدخل الفقهي العام م ٣ ص ١٧٦ / أنظر رد المحتار كتاب الأيمان ج ٣ ص ١٨٣ وانظر ابن نجيم . الأشباه والنظائر ص ٣٠٧ . هذا وإن إبراء الإسقاط يعد من قبيل الإنشاء ، أما الاستيفاء فهو إخبار ، فلذلك لا تسمع في الأول دعوى الكذب بخلاف الثاني فتسمع .

ويترتب على هذا أن الدائن إذا أبرأ مدينه إبراء إسقاط بعد أن استوفى الدين يثبت للمدين حق مطالبة الدائن بما وفى لأن ما ثبت للمدين في ذمة الدائن لم يبق له مقابل في ذمة المدين فانعدم التقاص وثبتت له المطالبة .

الثاني : باعتبار العموم .

يقسم الإبراء بهذا الاعتبار إلى نوعين

١ـ الإبراء العام

٢ـ الإبراء الجزئي

أولا : الإبراء العام .

يكون الإبراء عاما إما بالنص عليه ، أو بإطلاقه عن القيد [١].

وبإبراء الخصم إبراء عاما فإنه يشمل كل ما له من حق ، سواء كان حقا ماليا أم لا ، ويترتب عليه أن جميع حقوق من صدر منه الإبراء ، والمترتبة على الطرف المقابل تنقضي ، بشرط أن تكون سابقة تاريخ الإبراء ، وبهذا تمتنع إقامة الدعوى بحق سابق على الإبراء بعد صدوره [٢].

وقد نصت المادة ١٥٦٥ من المجلة على " ليس له أن يدعي بحق قبل الإبراء حتى لو ادعى حقا من جهة الكفالة لا تسمع ...." .

ثانيا : الإبراء الجزئي .

ومعناه أن يصدر الإبراء خاصا بشئ معين من الحقوق، أو بجزء خاص من الديون التي وجبت للمبرئ على المبرأ .

---

[1] ـ االسرخسي . المبسوط ج ١٨ ص ١٦٤ ابن نجيم . البحر الرائق ج٧ ص ٤٤٥ .

[2] ـ الشرح الكبير ج ٣ ص ٤١١ / االسرخسي . المبسوط ج ١٨ ص ١٦٤ / الكاساني . بدائع الصنائع ج ٣ ص ٣٢٦٢ مطبعة الإمام / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧ .

ولا يكون الإبراء جزئيا أو خاصا إلا بالنص عليه ، وبيان القيد المخصص ؛ لإظهار إرادة المبرئ [1] .

وقد نصت المادة ١٥٤٦ من المجلة : " إذا أبرأ أحد آخر من دعوى متعلقة بخصوص يكون إبراء خاصا " .

ويظهر الفرق بين الإبراء العام والإبراء الخاص ، أن جميع الحقوق والديون التي سبقت تاريخ الإبراء تنقضي حال صدور الإبراء عاما .
أما الإبراء الخاص ، فلا يتجاوز أثره ما قيد به وخصه ، وبالتالي تثبت المطالبة فيما لم يرد عليه الإبراء .

أثر الإبراء بنوعيه على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

١ــ إذا صدر الإبراء عاما، أو خاصا ، شاملا جميع الالتزامات الواجبة على المدعي، والمستند إليها في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من قبل المدعى عليه ، فإن هذا الإبراء يعتبر دفعا لهذا الدفع ، وإذا ثبت صحيحا يرد به الدفع ؛ لانقضاء الحق الواجب على المدعي؛ ذلك أن من شروط التمسك بالدفع قيام الالتزام ، وقد انقضى ، فاختل الشرط ؛ فيرد الدفع .

٢ــ إذا صدر الإبراء خاصا ، غير شامل للالتزامات الواجبة على المدعي ، والمقابلة للالتزامات المطالب بتنفيذها ، ومرتبطة بها، فإن هذا الإبراء لا أثر له على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، ويقر المتمسك به على ذلك ؛ كون الالتزام المستند إليه في إثارة الدفع والمترتب على المدعي ما زال قائما، فتحقق شرط الدفع .

---

[1] ــ السرخسي . المبسوط ج ١٨ ص ١٦٤ / ابن نجيم . البحر الرائق ج ٧ ص ٤٤٤ / الكاساني . بدائع الصنائع ج ٣ ص ٣٢٦٢ مطبعة الإمام / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧ / المرداوي . الإنصاف ج ٥ ص ٢١٠ باب الصلح

فإذا أقام الزوج دعواه في مواجهة المرأة، طالبا الحكم له عليها بإطاعته ، وتنفيذ أحكام العقد . فتمسكت هي بدورها بالدفع بعدم التنفيذ . استنادا إلى إخلاله بما وجب عليه من التزام ، وذلك بعدم وفائه بالمهر المعجل ، فأثار الزوج دفع الإبراء الصحيح ، الصادر من أهله. ينظر :

إذا كان إبراء عاما : لا تقر المرأة على تمسكها بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام، بعد ثبوت دفع الإبراء ؛ فيرد دفعها ، وتثبت دعواه، وكذلك الحال إذا كان الإبراء خاصا ، إلا أنه شامل للمهر الواجب عليه أداؤه .

أما إذا كان الإبراء خاصا ، قاصرا عن شمول جميع المهر ــ ولو كان ما لم يشمله الإبراء جزءا يسيرا ــ ثبت لها الحق في إثارة الدفع بعدم التنفيذ ، وأقرت على تمسكها به ، وحكم بموجب هذا الدفع .

وما يقال في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن عقد الزواج ، يقال في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن عقد البيع ، أوالناشئة عن عقد الإجارة ، وفي غيرهما من الروابط المنشئة للالتزامات بشكل متقابل على الطرفين .

أما في القانون المدني ، فإن أثر الإبراء يظهر على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام باعتباره دفعا من الدفوع التي ترد عليه ، حال صدور هذا الإبراء صحيحا معتبرا ، وذلك ما نصت عليه المادة ٤٤٤ منه حيث بينت أن الإبراء إذا صدر باختيار صاحب الحق ، فإن الحق يسقط وينقضي بذلك الالتزام عن الطرف المقابل [1].

الثالث : من حيث التأبيد .

يقسم الإبراء بهذا الاعتبار إلى قسمين هما .

١ــ الإبراء الدائم أو المؤبد .

---

[1] ــ أنظر في ذلك المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج ١ ص ٤٩٧ .

٢ـ الإبراء المؤقت .

فالإبراء المؤبد عاما كان أم خاصا شاملا لكامل الالتزام ، ابراء استيفاء كان إم إبراء إسقاط ، فإنه مانع من المطالبة بالحق الذي على المبرأ ، والمتقدم على تاريخ الإبراء ؛ ذلك أن المبرئ إما أن يكون استوفى حقه ، وإما أن يكون قد أسقطه ـ إذا كان قابلا للإسقاط ـ ، وفي كلا الحالين لا يملك إثارة الدعوى ، أو توجيه المطالبة بالحق محل الإبراء [1]. وحيث منع المبرئ من المطالبة ، حرم من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، استنادا إلى إخلال الطرف المقابل بالتزام كان قد أبرأه منه إبراء مؤبدا.

فالمشتري ، إذا أقام دعواه في مواجهة البائع ، طالبا تسليم المبيع بثمن حال ، أو مطالبا البائع بالتعويض عن االضرر الناتج عن تأخير تسليم المبيع ، يثبت للبائع حق التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة المشتري ، على اعتبار أن له حق الامتناع عن التسليم ؛ ذلك أنه لم يف له بالثمن الحال ، أما إذا كان البائع قد ابرأ المشتري عن الثمن ابراء صحيحا معتبرا بشكل دائم مؤبد ، وتمسك المشتري بهذا الإبراء ، كدفع لما وجه إلى دعواه من دفع ، وثبت الإبراء صحيحا معتبرا ، فإن أثر هذا الإبراء يظهر بوجوب رد دفع البائع والحكم بموجب دعوى المشتري ، سواء كانت دعواه المطالبة بالتسليم ، أم الحكم له بالتعويض .

أما الإبراء المؤقت :

فإن حقيقته منح أجل لمن وجب عليه الالتزام ، ولايؤثر إلا في تأخير المطالبة ، فلا ينقضي به الالتزام ، بل غاية ما في الأمر تأجيل من وجب عليه الحق . ولا يتصور هذا إلا أن يكون ابراء إسقاط ، ذلك أن ما يرد على الأجل هو ابراء الإسقاط ، لا إبراء الاستيفاء ، فيكون محله الأجل لا ذات الحق ويبقى به الالتزام قائم [2] .

---

[1] ـ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٣٤١ / االسرخسي . المبسوط ج ١٨ص ١٦٤.

[2] ـ ابن نجيم . البحر الرائق ج ٦ ص ٢٤٥ و الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ١ ص ٣٥٠ وسيأتي ذكره عند الحديث عن الدفع بمنح أجل .

المبحث الثالث : قيام الأجل

المطلب الأول : أنواع الأجل

المطلب الثاني : أثر الأجل على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

وكذلك في النص على كون المهر مؤجلا في عقد الزواج ، والنص على تأجيل الأجرة في العقد .

فإذا تم النص في المصدر المنشئ للالتزام على الأجل ، وجب اعتباره ؛ ذلك أن الشخص تصرف في خالص حقه ، ولا مانع . ومانح الأجل يكون قد أسقط حق نفسه في الاستيفاء الفوري ، وهو أمر لا سلطان عليه فيه .

٢ـ أن يطرأ الأجل على الالتزام بعد قيامه [1].

هنا بتولد الالتزام عار عن الأجل . فلا يشترط الاجل في المصدر المولد للالتزام ، وإنما يمنح بعد قيام الالتزام وتولده صحيحا . فكما أن للطرفين الاتفاق على وقت حلول الالتزام ، ووجوب تنفيذه ، كذلك يصح تأجيل الالتزام بعد تولده ، وبهذا يسقط الحق في المطالبة في الحال ، وإذا ما تمت قبل وقتها تكون سابقة لأوانها ، واجبة الرد . فإذا منح من وجب له الحق أجلا للطرف المقابل سقط حق الأول في المطالبة في الحال .

الثاني : باعتبار العموم .

وهنا إما أن يكون الأجل عاما شاملا لكامل الالتزام ، كما لو باع سلعة بنقد ، ونص في العقد على تأجيل كامل الثمن ، أو منح البائع المشتري أجلا تعلق بكامل الثمن ، وذلك بعد تمام عقد البيع .

وإما أن يتعلق بجزء من الالتزام ، كما هو الحال في تأجيل جزء من المهر وتعجيل جزء ، وكما قد يحدث بتعجيل بعض الثمن ، وتأجيل بعضه .

[1] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٦٢ مطبعة الإمام . أنظر المادة ٢٨٤ من المجلة " إذا باع معجلا ثم أجل البائع الثمن سقط حق حبسه المبيع وعليه حينئذ أن يسلم المبيع للمشتري على أن يقبض الثمن وقت حلول الأجل ." ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ١ ص ١٢٧ " ويحصل التأجيل ..... بعد العقد وذلك كالبيع ..."

المطلب الثاني :

أثر الأجل على الدفع بعد تنفيذ الالتزام .

١ـ إذا كان الأجل مشروطا في العقد ، فلا يثبت الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وذلك بخصوص الالتزام الذي تعلق به الأجل [1].

وجه ذلك : أن الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام يثبت استنادا إلى مبدأ المساواة ـ على اختلاف في تحديدها ـ ، ولما كان الأجل مشروطا في العقد فقد منح صاحبه مهلة للتنفيذ ، وأسقط مانح الأجل حق نفسه في الاستيفاء الفوري ، الذي هو مقتضى العقد ، وفقد الحق في المطالبة في التنفيذ ، عوضا عن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، في مواجهة من كان الأجل لصالحه [2]؛ ذلك أن شرط المطالبة الحلول ، وقد انعدم بقيام الأجل .

٢ـ إذا لم يتم تنفيذ الالتزام المتعلق به الأجل حتى حل الأجل يسقط حق الطرف المقابل لمن كان الأجل لصالحه في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؛ ذلك أن مانح الأجل قد أسقط حقه في الاستيفاء بمنح الأجل في الأصل ، والساقط لا يحتمل العود ، فحرم من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام [3].

---

[1] ـ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٦٩ طبعة دار الفكر . وانظر علي حيدر . درر الحكام ج ١ ص ٢٦٧ . والمادتين ٢٨٣و٢٨٤ من المجلة . أما حكم الأجل فهو اللزوم في غير القرض عند الحنفية . أنظر علي حيدر . درر الحكام ج ١ ص ١٢٧

[2] ـ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٦١ مطبعة الإمام / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧ / مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٤ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٦٧ و ١٧٧ و ١٨٣ / أنظر القانون المدني الأردني م ٥٢٣ وأنظر المذكرات الإيضاحية ج١ ص ٤٦٧

[3] ـ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٧ ص٣٢٦٢ مطبعة الإمام / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧ / مواهب الجليل ج ٦ ص ٤١٤ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨٣ / وفي مجلة الأحكام العدلية المادة ٢٨٣ " في بيع النسيئة ليس للبائع حق حبس المبيع بل عليه أن يسلم المبيع إلى

وهذا جميعه إذا تعلق الأجل بكامل الالتزام المستند إلى الإخلال به في التمسك بالدفع بعـــدم التنفيذ ، كما تقدم ، أما إذا تعلق الأجل بجزء من الالتزام ــ إذا كان قابلا لذلك ــ دون باقيه فلا يسقط الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؛ ذلك أن من خصائص هذا الدفع هو أن التمسك به لا يقبل التجزئة [١].

ومنح الأجل هو نوع من أنواع الإبراء ، إلا أنه لا يتعلق به إلا إبراء الإسقاط كما تقدم .

وقد نصت المادة ١٥٥٣ من المجلة على هذا النوع من الإبراء نصا صــريحا بقولهــا (إذا صالح أحد على تأجيل وإمهال .... فيكون قد أسقط حق تعجله)
وينسحب هذا النوع من الإبراء ــ بوصفه منح أجل في المطالبة بالالتزام ــ على الكفيــل والأصيل [٢].

المشتري على أن يقبض الثمن وقت حلول الأجل " وأنظر المواد ٤٧٣و٤٧٤ و ٤٨٢ وشرحها لعلي حيدر . أنظر نطاق الدفع ــ الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج ــ من هذه الرسالة .

[1] ــ السرخسي الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٦-١٧ حاشيتا قليوبي وعميره ج ٢ ص ٣٤٥ عبد الحميد الشواربي ــ الدفوع المدنية ص ٩١٢ــ السنهوري ــ الوسيط ج ١ ص ٧٣٥ / أنظر شرح المادتين ٢٧٩و ٢٨٣ من المجلة لعلي حيدر .

[2] ــ ابن نجيم . البحر الرائق ج ٦ ص ٢٤٥ و الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ١ ص ٣٥٠

المبحث الرابع : التنفيذ .

المطلب الأول : شروط التنفيذ المسقط للحق في التمسك بالدفع بعد تنفيذ الالتزام .

المطلب الثاني : تنفيذ الالتزام من المتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزم ، و أثره على حقه في التمسك بالدفع .

المطلب الثالث : تنفيذ الالتزام من الطرف الذي يوجه إليه الدفع بعدم تنفيذ الالتزم ، و أثره على الحق في التمسك بالدفع .

من الدفوع الواردة على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام أن يقوم المتمسك بالدفع بتنفيذ ما وجب عليه من التزام ، وبهذا يكون قد أسقط حقه . سواء كان هذا التنفيذ تنفيذا حقيقيا ، أم حكميا[١].

[1] ـــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ٢٣ وأنظر شرح المادة ٤٧٤ من المجلة لعلي حيدر

والتنفيذ الحكمي كما لو عمل العامل في ملك رب العمل ، فإنه يعتبر منفذا حكما .

المطلب الأول : شروط التنفيذ المسقط للحق في التمسك بالدفع بعد تنفيذ الالتزام .

يشترط في التنفيذ أن يكون تنفيذا صحيحا معتبرا شرعا ، وأن يكون بإرادة من وجب عليه ــ من له حق التمسك بالدفع ــ ، واختياره ، إذا قام به بنفسه ، أما إذا قام به الغير فيشترط إضافة إلى ما سبق الإذن [١] . ولا تعتبر هذه الشروط إذا ما تم التنفيذ بواسطة القضاء .

ويختلف التنفيذ من التزام إلى أخر ، حسب طبيعة ذلك الالتزام ، والمصدر المنشئ له ، فلكل التزام طبيعة خاصة، ينبني عليها الحكم بصحة التنفيذ من عدمه .

فالالتزام الذي مضمونه تسليم عين ، يختلف في تنفيذه عن الالتزام الذي مضمونه تسليم النفس ، وهذا يختلف عن الالتزام الذي مضمونه القيام بالعمل . بل إن الالتزام الذي مضمونه تسليم عين ، يختلف تنفيذه بناء على المصدر المنشئ لهذا الالتزام ، فالالتزام بتسليم العين الناشئ عن عقد البيع يختلف في كيفيته عن الالتزام بتسليم العين الناشئ عن الإيداع ، بحيث يكفي في هذه الحالة التخلية بين المالك وملكه ، في حين لا بد من إحضار المبيع إلى المكان المشروط فيه التسليم ، بالنسبة للالتزام بتسليم العين الناشئ عن عقد البيع .

---

[1]ــ ابن قاضي سماونة . جامع الفصولين . ج ٢ ص ٩٧ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ٩٥و ٩٨ / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧و ٢٥ / السرخسي . المبسوط ج ١٣ ص ١٩٧ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٥ ص ٣٠٧ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٦ / قليوبي وعميرة . حاشيتا قليوبي وعميرة . ج ٢ ص ٣٤٥ / أنظر شرح المادة ٢٨١ من المجلة لعلي حيدر . وأنظر القانون المدني الإردني حيث في المادة ٥٢٤ منه حييث دلت على أن قبض المشتري للمبيع قبل تسليم الثمن بحضور البائع وعدم معارضته للمشتري في ذلك يعتبر إذنا منه بصحة هذا القبض وعليه يعتبر هذا التنفيذ صحيحا معتبرا بحيث لا يحق له التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام أما إذا كان بدون إذن منه فيحق له استرداده وتعتبر يد البائع عليه بعد الاسترداد يدا مشروعة وبه يحق له التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة المشتري .

المطلب الثاني : تنفيذ الالتزام من المتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزم ، و أثره على حقه في التمسك بالدفع .

إذا قام البائع بتسليم المبيع للمشتري ، قبل قبض الثمن ، فقد أسقط حقه في الحبس ، الذي يشكل التمسك به تطبيقا من تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ الالتزام. وبهذا التنفيذ ينقضي الحق في التمسك بالدفع .

ومن الصور التي ناقشها الفقهاء وألحقها بعضهم بالتنفيذ ، بحيث تعتبر مسقطا من مسقطات الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، بحيث تعتبر دفعا للدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، الإعارة و الإيداع [1].

وذلك حال كون مضمون الالتزام قابلا لمثل هذا التنفيذ .

أولا : الإعارة [2].

[1] ــ ناقش الفقهاء هذه المسألة بشكل مفصل خلال بحثهم لعقد البيع . إذا كان المودع أو المعير هو المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ و الوديع أو المستعير هو المشتري في عقد البيع . وأنظر المادة ٢٨١ من المجلة وشرحها لعلي حيدر .

[2] ــ الإعارة عند الحنفية : تمليك منفعة بلا بدل . ــ مجمع الأنهر ج ٣ ص ٤٧٩

وعند المالكية : تمليك المنافع بغير عوض . ــ القرافي . الذخيرة . ج ٦ص ١٩٧ أنظر تبيين المسالك ج ٤ ص ١٠٦

وعند الشافعية : اسم لما يعار وللعقد المتضمن لإباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ليرده . ــ البكري . حاشية إعانة الطالبين ج ٣ص ٢٢٠ / التهذيب ج ٤ص ٢٧٨ / أنظر الأنصاري . الغرر البهية . ج ٦ ص ٣

وعند الحنابلة : هبة منفعة . ــ ابن مفلح . المبدع ج ٥ ص ٧٢ ــ

القول الأول : إن الإعارة تعتبر مسقطا من مسقطات الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ــ حال كون مضمون الالتزام تسليم عين ــ . وبه قال جمهور أئمة الحنفية[١] ، وأئمة الشافعية[٢]

أدلة هذا القول :

إن الإعارة أمانة في يد المشتري ، وتكون يد المستعير نائبة من هذا الوجه عن يد المعير (المالك) ، والمشتري لا يصح نائبا عن البائع في المبيع ، ذلك أن المشتري أصل في الملك ، فكان أصلا في اليد ، ويد الملك يد لازمة ؛ فلا تبطل . وبهذا ما يقع في يد المشتري إعارة يقع في يده على سبيل الملك ، لا على سبيل النيابة ، وبهذا يكون المتمسك بالدفع قد نفذ ما وجب عليه من التزام ، فأسقط حقه في الدفع . وبهذا يحرم استرداده العين بعد ذلك ، وإن استردها بطل الاسترداد ، وحرم حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ؛على اعتبار أن يده الحادثة عليه يد ممنوعة شرعا ، وبهذا اختل شرط الدفع بعدم التنفيذ فانعدم [٣].

القول الثاني :

إن الإعارة لا تسقط الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، ولا تصلح دفعا له ، وبه قال الإمام أبو يوسف[٤] من الحنفية. [٥]

---

[1]ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٥١ / االسرخسي . المبسوط ج ١٣ ص ١٩٥٦

[2] ــ الرملي . نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٠٥ / قليوبي وعميرة . حاشيتا قليوبي وعميرة . ج ٢ ص ٣٤٥ / الماوردي . الحاوي الكبير . . ج ٥ ص ٣٠٧ تعرض الفقهاء للأدلة خلال بحث ذلك في عقد البيع .

[3] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٥١ / السرخسي . المبسوط ج ١٣ ص ١٩٥٦ / الرملي . نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٠٥ / قليوبي وعميرة . حاشيتا قليوبي وعميرة . ج ٢ ص ٣٤٥ / الماوردي . الحاوي الكبير . . ج ٥ ص ٣٠٧

[4] ـ ابو يوسف
يعقوب بن ابراهيم بن حبيب بن خنبيس بن سعد بن حتبة ابو يوسف القاضي صاحب ابي حنيفة
اخذ ابو يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنه وولي القضاء لثلاثة من الخلفاء : المهدي والهادي والرشيد
مات ببغداد يوم الخميس لخمس خلون من ربيع الاول سنة اثنين وثمانين وقيل لخمس خلون من ربيع
الاخر سنة احدى وثمانين ومائة الجواهر المضيئة ٣/١٢٢-١٢٣ابن قطلوبغا ص٢٨٢-٢٨٣بتصرف

[5]ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٥١ / االسرخسي . المبسوط ج ١٣ ص ١٩٧

أدلة هذا القول :

إن الإعارة عقد ، إلا أنها عقد غير لازم ، وبه ثبت للمعير ولاية الاسترداد ، فإذا استرده أقرت يده عليه ، وبهذا يقر على التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام قياسا على الرهن ، إذ لو أعار المرتهن الرهن من الراهن ، حق له الاسترجاع والاسترداد ، وثبت له بذلك حق إثارة الدفع بعدم التنفيذ ، والتمسك به في مواجهة المدعي المطالب بالتسليم [١].

يعترض على هذا الدليل : بأن القياس على الرهن قياس مع الفارق فلا يصح ؛ ذلك أن المرتهن حال قيام عقد الرهن كالمالك ، من حيث ثبوت اليد على الرهن ، فالمالك يده ثابتة على المملوك بسبب الملك ، والمرتهن يده ثابتة على الرهن بسبب عقد الرهن ، فيثبت للراهن الاسترداد . أما الإعارة ، فليست يد المستعير كيد المرتهن ، فضلا عن المالك [٢].

هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن هناك فرقا بين إعارة الرهن للراهن من قبل المرتهن ، وإعارة المبيع للمشتري من قبل البائع ، فالمبيع محبوس لدى البائع ، إلا أن حق الحبس ضعيف ، مقارنة بحق حبس المرتهن للرهن ، فأبطلت الإعارة الأول دون الثاني[٣].

وبهذا فإن من قال بمشروعية اليد حال الاسترداد ، أقر المتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام على سلوكه ، ورتب عليه أثرا ، أما من قال بعدم مشروعية الاسترداد ، فقد منع واضع اليد من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بناء على عدم مشروعية اليد .

ثانيا : الإيداع [٤]

---

[1] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٥١ / السرخسي . المبسوط ج ١٣ ص ١٩٧

[2] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٥١ / السرخسي . المبسوط ج ١٣ ص ١٩٧

[3] ــ السرخسي . المبسوط ج ١٣ ص ١٩٧

[4] ــ الوديعة عند الحنفية : تسليط المالك غيره على حفظ ماله صراحة أو دلالة وقيل الوديعة ما يترك عند الأمين للحفظ ــ مجمع الأنهر ج ٣ ص ٤٦٦

عند المالكية : مأخوذة من الودع وهي عندهم مال موكل على حفظه ــ تبيين المسالك ج ٤ ص ٩٤

اختلف الفقهاء حول اعتبار الإيداع دفعا للدفع بعدم تنفيذ الالتزام على قولين .

الأول : إن الإيداع يعتبر دفعا صحيحا للدفع بعدم التنفيذ ، ومسقطا من مسقطات الحق في التمسك به . وبه قال الحنفية [1] . واستدلوا بما سبق من أدلة تتعلق بالإعارة .
الثاني : إن الإيداع لا يعتبر دفعا للدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، ولا يسقط الحق في التمسك به . وبه قال الإمام أبو يوسف من الحنفية [2] ، وهو قول الشافعية [3] .
واستدلوا بما سبق من أدلة في مسألة الإعارة ، إضافة إلى اعتبارهم أن الإيداع لا تسليط فيه على الملك ففارق الإعارة [4].

وبمراجعة أدلة كل من الاقوال المتعلقة بالإعارة والإيداع نرى أن الأولى الأخذ بما ذهب إليه من قال بأن كلا من الإعارة والإيداع يسقط بهما الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، ذلك أن حكم العقد ، يثبت فور انعقاد العقد ، فيثبت الملك في البدلين فور انعقاد العقد ، فيملك البائع الثمن ، والمشتري المبيع ، دون توقف ذلك على التسليم والقبض ، وحيث ثبت الملك

عند الشافعية : الإيداع العقد المقتضي للاستحفاظ ــ والوديعة العين المستحفظة ــ البكري . حاشية إعانة الطالبين ج ٣ ص ٤١٥

عند الحنابلة : اسم لعين توضع عند آخر ليحفظها ، فهي وكالة في الحفظ وقيل الإيداع توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص ــ ابن مفلح . المبدع ج ٥ ص ١٦١

[1] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص٢٥١ / السرخسي . المبسوط ج ١٣ ص ١٩٥

[2] ــ الكاساني . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٥١ / السرخسي . المبسوط ج ١٣ ص ١٩٧

[3] ــ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٦ / الرملي . نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٠٥-١٠٦ / النووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١

[4] ــ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٦ / الرملي . نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٠٥-١٠٦ أنظر النووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ١٨١

في البدلين فورا ، فإن يد المستعير هنا تقع يد ملك أصالة ، فتكون يده عليه يدا حقيقية ، أما الإعارة فهي يد ظاهرة مؤقتة ، فلا يجتمعان . ثم إن الشخص لا يؤتمن على حق نفسه ، ذلك أن الأمانة واجبة الرد ، وهنا لا موجب للرد إلى السعي إلى الوفاء بالبدل للخصم ، وهو لا يعارض ما ثبت للمالك على ملكه من يد ، إذ للخصم المطالبة بما له من حق ، وإذا ما تعذر الوفاء حكم له باستيفاء حقه ، سواء كان الاستيفاء من ذات العين أم من غيرها .

المطلب الثالث : تنفيذ الالتزام من الطرف الذي يوجه إليه الدفع بعدم تنفيذ الالتزم ، و أثره على الحق في التمسك بالدفع [١].

هذا بالنسبة إلى التنفيذ من قبل المتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام أما التنفيذ الصادر من قبل المواجه بالدفع بعدم التنفيذ فإنه يعتبر مسقطا من مسقطات الدفع بعدم التنفيذ . فإذا قام المواجه بالدفع بعدم التنفيذ بتنفيذ ما وجب عليه من التزام ، تنفيذا تاما صحيحا معتبرا شرعا ، سقط حق الطرف المقابل بالتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؛ ذلك أن من شروط الدفع إخلال الطرف المقابل ، وبالتنفيذ الصحيح المعتبر فقد شرط من شروط الدفع بعدم التنفيذ ، فانعدم ، فيحكم برد الدفع ،بل قد يتجاوز الأمر ذلك إذا ما قام المدعي بالتنفيذ المعتبر ، إلى إجبار المتمسك بالدفع على تنفيذ ما عليه من التزام ــ وذلك وفق طبيعة الالتزام ــ[٢] .

على أن كيفية التنفيذ ، إما أن تحدد في المصدر المنشئ للالتزام ، حال كون هذا الالتزام ناشئ عن رابطة عقدية ، وإما أن يترك ذلك لطبيعة الالتزام ذاته .
وعليه فإن كل تنفيذ من قبل المدعي ، المثار بمواجهته الدفع ، يعتبر مسقطا للحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، إذا تم بشكل معتبر كما تقدم .
على أن التنفيذ الصادر من المدعي ، إذا لم يكن تنفيذا صحيحا معتبرا شرعا ، فلا يعتبر مسقطا من مسقطات الحق في التمسك بالدفع ؛ ذلك أن التنفيذ من قبل المدعي إذا شابه خلل ، بحيث ينفي عن هذا التنفيذ اعتباره ، فإنه ــ التنفيذ ــ والحالة هذه لا يسقط حق

---

[1] ــ أنظر في مراجعة هذا المطلب الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ٣ ص ١٧ و الكاساني . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٦٢ مطبعة الإمام . الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٩٨ ابن أبي الدم ، أدب القضاء ص ٦١٩ ، وأنظر نطاق الدفع ــ الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج من هذه الرسالة .

[2] ــ أنظر درر الحكام ــ شرح المادة ٢٧٨ التي تنص على (في البيع بالثمن الحال أعني غير المؤجل للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري الثمن)

الخصم في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، فما ثم لا ينفي كون هذا الخلل الصادر من المدعي مستندا للطرف المقابل للتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

فامتناع المطالب بالتنفيذ عن تنفيذ التزامه ، بدون مسوغ شرعي يعتبر إخلالا من جانبه ، يتحقق به شرط التمسك بالدفع ، بحيث إذا توافرت بقية الشروط أتى الدفع ثمرته ، وقد يكون الخلل بالتنفيذ مع قيامه ــ أي التنفيذ ــ حسا ، ــ كما لو سلم المبيع ، وظهر المبيع معيبا بشكل يؤثر في اعتبار التنفيذ مشروعا ، أو سلم جزءا من المبيع ، وامتنع عن تسليم الجزء الأخر ، على اعتبار اتحاد الصفقة .
ومنه كذلك لو سلم المؤجر العين المستأجرة ، بشكل لا يمكن للمستأجر الانتفاع بها على وجه الاستقلال ، كما لو سلمه الدار مشغولة بمتاعه ــ . إلا أنه لا يؤثر في إسقاط حق التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

فهذا التنفيذ وإن صدر عن المدعي ، إلا أنه تنفيذ معيب ، غير معتبر شرعا ، من حيث أثره على حق التمسك بالدفع .
فهذا مما يعتبر التنفيذ فيه تنفيذا معيبا حقيقة .

أما التنفيذ المعيب حكما : فمنه ما إذا سلم العين المبيعة ، وظهرت مستحقة للغير ، أو سلمه العين المستأجرة في مكان لا يقدر فيه على الانتفاع بها . فهذا التنفيذ لا يسقط الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

ومن صور هذا الدفع ــ التنفيذ ــ ، أن يدفع المدعي دفع المدعى عليه ، بأنه قام بالوفاء بما عليه من التزام ، وأوصله ما له من حق ، أو قام بتسليمه .

فإذا أقام المشتري دعواه في مواجهة البائع ، يطالبه فيها بتسليم العين ، محل العقد ، يثبت للمدعى عليه ــ البائع ــ ، الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، على اعتبار أن المشتري يجب أن يقوم بالوفاء بما عليه من التزام ، متمثلا في تسليم الثمن ، فللمشتري دفع هذا الدفع بالتسليم ، وذلك بأن يقول أدفع دعوى المدعي بأنني قمت بتنفيذ ما علي من التزام

، وسلمته الثمن ، وقبضه من يدي ورضيه ، على اعتبار أنه ثمن المبيع ، فإذا ثبت دفعه هذا ، يرد الدفع بعدم التنفيذ الذي تمسك به المدعى عليه ، وتثبت دعوى المدعي ، ويجبر المدعى عليه على تنفيذ ما وجب عليه من التزام .

ويقال مثله في عقد الإجارة ، فإذا أقام المستأجر دعواه في مواجهة المؤجر يطالبه فيها بتسليم العين ، محل العقد ، يثبت للمؤجر التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، في مواجهة المستأجر ، متمثلا بأن المدعي لم يقم بالوفاء بما عليه من أجرة معجلة ، وهذا الإخلال من قبله شكل سندا للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ للمدعى عليه ، فإذا كان المدعي قد أوصل المدعى عليه الأجرة كاملة ، وسلمها له ، وقبضها ورضيها على أنها الأجر المسمى ، حكم برد الدفع بعدم التنفيذ ، وأجبر المدعى عليه على تسليم العين محل العقد .

وكذلك يقال إذا أقيمت الدعوى من قبل المؤجر في مواجهة المستأجر ، يطالبه فيها بتسليم الأجر المستحق ، لهذا الأخير التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، على اعتبار أن المؤجر لم يقم بتسليم محل العقد له ، وبالمقابل للمدعي التمسك بدفع التسليم ، بأنه قام بتسليم العين محل العقد للمدعى عليه ، بحيث يمكنه استيفاء المنفعة ابتداء من تاريخ العقد ، وأنه لم يحل بينه وبين المستأجر بالانتفاع حائل من قبله ، أو من قبل الغير ، فإذا ثبت رد الدفع بعدم التنفيذ ، وألزم المستأجر على الوفاء بالأجر المستحق .

وفي اللقطة ، على القول بجواز رجوع المنفق بما أنفق على المالك ، إذا أنفق الملتقط ما هو ضروري لحفظ العين ، فإذا أقام المالك دعواه في مواجهة المنفق يطالبه فيها بتسليم العين ، موضوع الالتزام ، يحق للمدعى عليه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، إذا لم يكن المدعي قد أوفى المدعى عليه ما أنفق ، أما إذا كان المدعي قد أوصل المدعى عليه ما وجب له بموجب الإنفاق ، ثبت له الحق في التمسك بالدفع بالوفاء ، وإذا ثبت دفعه بوسيلة معتبرة حكم برد الدفع بعدم التنفيذ ، وأجبر المدعى عليه على التسليم . وما يقال في اللقطة يقال في الوديعة ويقال في الالتزامات الناشئة عن الوكالة ، ويقال في الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج ، وفي كل التزام صلح محلا للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ .

فإذا أقام الزوج دعواه مطالبا الحكم له على زوجته المدعى عليها بالطاعة ، تنفيذا لأحكام العقد ، ثبت لها الحق في أن تدفع دعواه ، بعدم التنفيذ ، وذلك إذا لم يوصلها مهرها المعجل ، وإذا كان قد أوصلها مهرها المعجل ثبت له دفع هذه الدعوى بالوفاء ، وذلك أنه سلمها مهرها المعجل ، فإذا ثبت دفعه حكم برد الدفع بعدم التنفيذ ، وثبتت دعواه ما لم تدفع بدفوع أخرى .

وكذلك الحال إذا دفعت دعواه بعدم شرعية المسكن ، على اعتبار انه التزام يوجبه عليه العقد ، مقابل لالتزامها بالطاعة ، فله الدفع بالتنفيذ ، وأنه قام بإعداد المسكن المستوفي لكافة شروطه ، والمعد لهما للإقامة فيه ، فإذا ثبت تنفيذه لذلك حكم برد دفعها وثبتت دعواه .

على أن المتمسك بدفع التنفيذ ، سعيا لرد الدفع بعدم التنفيذ المثار من قبل الشخص المقابل ، يجب عليه أن يبين الكيفية التي تم بها التنفيذ ، فإذا كان موضوع الالتزام تسليم عين ، وتمثل الدفع بالتنفيذ بقيام المتمسك به بتسليم العين ، وجب عليه أن يبين كيفية التسليم ـ ذلك أن من الالتزامات ما يكفي فيه التخلية بين الخصم والعين ، ومنها ما لا بد فيه من التسليم الفعلي ـ ، وأن يبين مكان وزمان التسليم ، والشخص الذي قام بتسليمه له ، ورضا الطرف المقابل به من عدمه .

هذا وإن لكل التزام تنفيذا خاصا به ، خاضع إما للشروط المنصوص عليها في المصدر المنشئ للالتزام ، وإما وفقا لطبيعة الالتزام .

المبحث الخامس : تسبب الدافع بقيام الخلل في تنفيذ الخصم [١].

إذا كان المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ مستندا إلى أن المواجه به لم ينفذ ما عليه من التزام ، فإن لهذا الأخير دفع الدفع المثار بمواجهته ، بعدم تنفيذ المتمسك به لما عليه من التزام ، سـواء كان متسببا بعدم التنفيذ مباشرة أم لا .

فيكون لكل من طرفي الالتزام التمسك بالدفع إلى أن المستند في التمسك به يختلف فـي ذات الالتزام لكل منهما . وتعدد صور هذا الدفع بتعدد الحقوق والدعاوى .

ومن أمثلته
في المطالبة المتعلقة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج .
يوجب عقد الزواج على طرفيه التزامات منها ما يوجبه على الزوج من دفع للمهر وتقـديم للنفقة وإعداد للمسكن المناسب والمعاملة الحسنة .
ويوجب على الزوجة كذلك التزامات منها الطاعة للزوج والمعاملة الحسنة [٢].

فإذا أخل الزوج بالإنفاق وتقدمت الزوجة بدعواها طالبة الحكم لها عليه بالنفقة ، له أن يـدفع دعواها بالنشوز [٣] والذي مضمونه عدم الطاعة وبه تسقط نفقتها ولا تجب ، على اعتبـار أن مالها من التزام ، والمتمثل بوجوب النفقة ، مقابل لما عليها من التزام متمثل بوجوب الطاعة ،ومرتبط به ، فإذا أخلت بما عليها من التزام سقط حقها بما لها من التزام ، ولهـا أن تـدفع دفعه النشوز (الدفع بعدم تنفيذها لأحكام العقد) بالدفع بعدم التنفيذ إذا أخل بما عليه من التزام متمثلا بعدم إعداد المسكن أو عدم الأمان على النفس ذلك أنه لا يحسن معاملتها أو أنه لم يف

---

[1] ــ تقدمت الإشارة إلى ما يل عليه في شروط قبول الدفع . في الفصل الأول .

[2] ــ البكري . حاشية إعانة الطالبين .ج ٣ ص ٦١٨

[3] ــ البكري . حاشية إعانة الطالبين .ج ٣ ص ٦١٨

بما لها عليه بما تعجل من مهرها بوصفها التزامات ناتجة عن عقد الزواج وهي بهذا تســـعى لإسقاط ما له من دفع فإذا ثبت دفعها رد دفعه وثبتت دعواها [1]

[1]ـ البكري . حاشية إعانة الطالبين .ج ص ٥٨٢ (وإذا حبست نفسها أو حبسها الولي بسبب عدم تسليم الصداق استحقت النفقة وغيرها وجوبا مدة الحبس لأن التقصير منه)

الفصل الخامس : التعديل الحاصل في الالتزام وأثره على الدفع بعدم التنفيذ .

تمهيد .

يقصد بالتعديل الحاصل في محل الالتزام ، كل زيادة ، أونقصان في محل الالتزام ــ حال قبول محل الالتزام لمثل هذا الوصف ــ ، سواء كانت هذه الزيادة تغييرا بفعل الطرفين أو أحدهما ، أم تغيرا طبيعيا لا علاقة لطرفي الالتزام في إحداثها .

أثر التعديل الحاصل في محل الالتزام على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

يظهر هذا الأثر بمدى إمكانية التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام بخصوص الزيادة ، أو النقصان في الإلتزام ، سواء بكونها مستندا للدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، بسبب إخلال الطرف المقابل بالوفاء بها ، أم كانت هي ذاتها محلا للدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، بحيث يقوم المتمسك بالدفع بعدم الوفاء بها ؛ على اعتبار أنها جزء لا يتجزأ من أصل الالتزام القائم ؛ والممتنع عن تنفيذه امتناعا مشروعا ؛ بسبب إخلال الطرف المقابل بما عليه من التزام .

فإذا باع شخص من آخر سلعة بثمن ، ثم حدثت زيادة في المبيع ، فهل تدخل هذه الزيادة في نطاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وهل يصح التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الطرف الأخر ، استنادا إلى أن هذا الأخير لم يقم بالتنفيذ تنفيذا تاما ، إذا لم يقم بتنفيذ هذه الزيادة ، وهل يصح الامتناع عن تنفيذ هذه الزيادة إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ ما عليه من التزام . اختلف الفقهاء في هذه المسألة ، ومبنى الخلاف على أن الزيادة التي تحصل بفعل الطرفين تلحق بأصل العقد ، أم لا .
يظهر ذلك من خلال بحث الفقهاء لهذه المسألة في الالتزامات المختلفة .

المبحث الأول :

الزيادة والنقصان في عقد البيع .

المطلب الأول : الزيادة في المبيع .

يختلف أثر الزيادة في البيع على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بناء على الاختلاف في حكم الزيادة ، من حيث إلحاقها بأصل العقد أم لا ، وذلك على أقوال .

القول الأول :

أن الزيادة في المبيع من قبل البائع صحيحة معتبرة ، ويستند أثر هذه الزيادة إلى زمن الانعقاد ؛ باعتبار إلحاقها بأصل العقد .

ويستوي في ذلك أن تكون هذه الزيادة في ذات مجلس العقد ، أم في مجلس آخر ، سواء تم تسليم المبيع وقبضه ، أم لا ، سواء كان ذلك قبل لزوم العقد ، أم بعده .

وبه قال الحنفية [١]، ماعدا الإمام زفر [٢] رحمه الله ، وهو قول المالكية [٣] .

إلا أنهم وضعوا شروطا ، حال قيامها تقع الزيادة صحيحة وإلا فلا ، وهذه الشروط هي :

١ــ أن تكون زيادة المبيع معلومة ، أما إذا زيد المبيع زيادة مجهولة كأن لم يبين قدرها ، ولا وصفها ، فإن هذه الزيادة لا تصح ، وعليه فإنها لا تلحق بأصل العقد [٤].

---

[1] ــ البدائع ج ٥ ص ٢٥٨ / العناية ج ٦ ص ٥٢١ / تبيين الحقائق ج ٤ ص ٤٤٣ / فتح القدير ج ٦ ص ٥٢١ / درر الحكام ج ١ ص ٢٤٢ حيث جاء في المادة ٢٥٧ من المجلة ما نصه " زيادة البائع في المبيع والمشتري في الثمن وتنزيل البائع من الثمن بعد العقد تلحق بأصل العقد يعني يصير كان العقد وقع على ما حصل بعد الزيادة والحط " وقبلها المواد ٢٥٢ و٢٥٤ .

[2] ـ زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري صاحب ابي حنيفة
ولد سنة عشر ومائة في البصرة كان يُفضله ويقول هو اقيس اصحابي وتزوج فحضره ابو حنيفة
ولي قضاء البصرة ومات بها سنة ثمان وخمسين ومائة . ابن قطلوبغا ص١٠٢-١٠٣بتصرف الجواهر المضينة ،٢٠٧/٢-٢٠٨ بتصرف

[3] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٦٥ / منح الجليل ج ٣ ص ٦١٥ / تهذيب الفروق ــ ابن الشاط ج ٣ص ٢٩٠

[4]ــ درر الحكام ج ١ ص ٢٣٩

٢ــ أن تنعقد الزيادة بإيجاب وقبول شرعيين ، فإذا قام البائع بزيادة المبيع ولم يقبل المشتري فإن هذه الزيادة لا تصح ، ولا تلحق بأصل العقد [1] .

٣ــ أن يتم عرض الزيادة وقبولها في مجلس واحد ، أي يشترط أن يكون لمجلس انعقاد الزيادة متحدا ، فإذا انحل المجلس قبل قبول الآخر فإن الزيادة لا تلتحق بأصل العقد[2] .

٤ــ أن يكون المبيع قائما ، فإذا هلك المبيع أو استهلك فلا تلحق الزيادة بأصل العقد ، ولا يسري عليها ما يسري عليه من أحكام [3].

وجه هذا الشرط : أن سريان حكم العقد إلى الزيادة ، وثبوتها وإلحاقها بأصل العقد ، هو استناد حكم الزيادة إلى زمن انعقاد البيع ، ولا يكون ذلك إلا إذا ثبت حكمها أولا في الحال ، ثم استند أثره إلى الماضي ، ولا يمكن أن يثبت حكمها في الحال إذا كان المبيع هالكا ؛ لزواله وانعدام محلها .

واعترض على ذلك بأن الحط من الثمن يسري بأثر رجعي ، وإن لم يكن محل العقد قائما ، فيقاس عليه الزيادة في المبيع ، بجامع أن كلا منهما تعديل في الالتزام . وهو قول آخر عند الحنفية [4] .

---

[1] ــ البدائع ج ٥ ص ٢٥٩ / درر الحكام ج ١ ص ٢٣٩

[2] ــ البدائع ج ٥ ص ٢٥٩ / درر الحكام ج ١ ص ٢٣٩

[3] ــ البدائع ج ٥ ص ٢٦٠ / ابن الهمام . شرح فتح القدير ج ٦ ص ٥٢٢ / حاشية ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ١٥٤

[4] ــ فتح القدير ج ٦ ص ٥٢٢

يجاب على هذا الاعتراض : بأن الحط إسقاط ، وهو لا يسلتزم ثبوت ما يقابله .[1]

هذا بالنسبة للزيادة في المبيع ، أما الحط منه فقد نص الحنفية على أن المبيع إذا كان عينـــا ، فإنه لا يجوز الحط منه ؛ ذلك أن الحط إسقاط ، وهو مما لا يرد على الأعيان[2] .

واستدل الحنفية والمالكية لما ذهبوا إليه بأدلة هي :

١ــ قال تعالى :(فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم بـــه مـــن بعـــد الفريضة) سورة[3]
وجه الدلالة : أن الله سبحانه تعالى رفع الحرج عن الزوجين فيما تراضيا عليه بعد فـــرض المهر من زيادة أو إنقاص . وقد صح هذا في الزواج فأولى أن يكون في البيع ؛ لأنه أقـــل خطرا[4].

٢ــ قول الرسول صلى الله عليه وسلم لرجل كان يزن سلعة : (زن وأرجح فإنا معاشـــر الأنبياء هكذا نزن)[5] .
وجه الدلالة : أن الرسول عليه الصلاة والسلام قد قام بالزيادة وأشار على الرجل أن يقوم بها ، فلو لم تكن صحيحة معتبرة مشروعة لنهى عنها الرسول صلى الله عليه وسلم[6].

---

[1] ــ العناية . ج ٦ ص ٥٢١ . والثمن حال كونه دينا ــ والديون أوصاف تلزم الذمم ، و الحط منها إسقاط ، وهي ــ الديون ــ قابلة لهذا الوصف ، فساغ القول بجواز الحط من الثمن بعد هلاك المبيع ، فافترق عن الزيادة في المبيع .

[2] ــ أنظر حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٤٢ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ١٥٦ / درر الحكام ج ١ ص٢٣٩

[3] ــ الآية

[4] ــ البدائع ج ٥ ص ٢٥٩

[5] ــ . الترمذي ج٣ ص ٥٩٨ / النسائي ج ٤ ص ٣٥ رقم ٦١٨٤ / المستدرك ج ٢ ص٣٥

[6] ــ البدائع ج ٥ ص ٢٥٩

جميع الثمن بمقابلة جميع المبيع ، فيكون ما زاده على المبيع لا مقابل له من الثمن ، ولا يكون البيع إلا بمقابل ، وحيث انعدم فإن القول بلحوقها بأصل العقد يقتضي أن تكون بلا ثمن كما تقدم ، وهذا الأمر ممنوع شرعا ؛ ذلك أنها نوع من الربا ؛ لذا وجب اعتبارها هبة ابتداء [1] ؛ وبهذا خرجت عن أن تكون مبيعة ملحقة بأصل العقد .

٢ـ إن القول بصحة الزيادة على المبيع ، أو الإنقاص منه ، ولحوق الزيادة أو الإنقاص بأصل العقد يتضمن حكمين متناقضين في محل واحد ، فالبيع إذا استوفى أركانه وشرائطه انعقد صحيحا لازما نافذا ، واعتبار الزيادة أوالإنقاص ملحقا بأصل العقد يستلزم الحكم بانفساخ العقد الأول ، وإجراء عقد جديد متضمنا الزيادة . فنكون قد أوجبنا حكمين مختلفين في محل واحد ، أولهما الصحة واللزوم والنفاذ والثاني الفسخ[2] .

المناقشة :

أولا مناقشة أدلة الحنفية .

١ـ أما استدلال الحنفية بالآية الكريمة ، وقياس الأمر في البيع على عقد الزواج ، هو استدلال وقياس غير مسلم ، فلا يلزم هذا القياس غير الحنفية ؛ ذلك أن الأصل المقيس عليه مختلف فيه ، فلا يجري الاستدلال بالقياس عليه إلا في حق من سلم بحكم الأصل .

٢ ـ أما حديث : (زن و أرجح) . فهو لا دلالة فيه على ما ذهب إليه الحنفية والمالكية ، إذ غايته الدلالة فيه ، على حسن الوفاء ، وهو ما عهد عن الرسول عليه الصلاة والسلام .

٣ـ أما القول بأن قصد الطرفين من الزيادة هو ألحاق هذه الزيادة بالمبيع ، وإجراء حكم العقد عليها ، وثبوت ذلك مستندا إلى الزمن الماضي ـ زمن انعقاد العقد ـ ، هو احتمال قائم من عدة احتمالات ، فقد يكون مقصوده الهبة ، أو الصدقة ، أو غيرها ، ولما احتمل هذا بطل توجيه الزيادة بما ذكر . بل إن الأولى أن يكون مقصود الطرفين إنشاء التزام جديد ، فقد يكون ببيع ، وقد يكون بهبة ،أو صدقة ، أو هدية .

---

[1] ـ البدائع ج ٥ ص ٢٥٨

[2] ـ الماوردي ج ٦ ص ٣٤٢

مناقشة أدلة الإمام زفر من الحنفية ، و الشافعية ، والحنابلة .
إن ما استدلوا به من أن في إلحاق الزيادة بالأصل يوجب أن تكون هذه الزيادة بلا عوض ، وبالتالي وصف ما تم بأنه ربا ، وللخروج من هذا الوصف ، تصحيحا لأفعال العاقدين كان لا بد من القول بأن ما تم ، تم على سبيل الهبة .

يعترض عليه : بأن ما ذكر صحيح في حالة واحدة ، وهي إذا لم يتغير العقد ، ولكننا بإلحاق الزيادة بالعقد ، قد حكمنا بتغيره ، وهو مما للعاقدين سلطة فيه ، ولهما الاتفاق على تعديله ؛ لعدم تعلق ذلك بحق الشرع [1].

وبهذا وبالرجوع إلى الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ الالتزام[2] ، من حيث اعتباره وسيلة من وسائل ضمان التنفيذ ، إضافة إلى ما استدل به الحنفية والمالكية ، من أن الزيادة تلحق بالأصل وتستند إلى زمن انعقاد العقد ، يرجح مذهبهم في ذلك . فكما أن للطرفين رفع العقد من أصله ، كما في الإقالة ، فالأولى أن يثبت لهما الحق في تعديل وصفه ؛ ذلك أنه أخف . ولا يخفى أن هذا التعديل لا يتم بإرادة منفردة ، بل لا بد فيه من إيجاب وقبول شرعيين .

إلا أنه إذا نص حال الزيادة أو الإنقاص من قبل أي من الطرفين على اعتبار حكم آخر للزيادة أو الإنقاص ، غير حكم المبيع الأصل ، سواء بالتصريح أم بالتلميح ، وجب اعتباره ، والحكم في الزيادة بموجب ما صدر .

أما أثر هذه الزيادة ، وما يترتب عليها بالنسبة للدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، فذلك مبني كما تقدم على القول بلحوق الزيادة بالأصل من عدمه ،وعليه :

---

[1] ــ فتح القدير ج ٦ ص ٥٢١ ــ أي إذا لم يكن مخالفا للشرع فلهما ذلك وإلا فلا .

[2] ــ وإن لم يكن هو الأصل في الترجيح ، باعتباره تطبيقا من التطبيقات التي تتأثر بالحكم الصادر في الزيادة ، من حيث كونها ملحقة بالأصل أم لا ، إلا أنه يعتبر من القرائن التي قد يعتمد عليها في الترجيح .

١ــ من قال من الفقهاء بأن الزيادة تلتحق بالأصل ، وكذلك الحط والإنقاص ، وتستند في ذلك إلى زمن انعقاد العقد ، أثبت الحق في الامتناع عن تنفيذ الالتزام المتمثل بتسليمها ، أو الالتزام المقابل لتسليمها وفق ما يلي :

أولا : إذا امتنع المشتري عن تسليم الثمن ، ثبت للبائع الحق في الامتناع عن تسليم المبيع ، والزيادة كذلك ، إلى أن يقوم المشتري بالوفاء بالثمن ــ ما لم يسقط حق البائع لسبب آخر ــ ، بل وللبائع استردادها إذا وضع المشتري يده عليها بغير إذن البائع وإرادته ، وبالتالي ثبت للبائع الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة المشتري في الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن أصل العقد والزيادة .

ثانيا : إذا امتنع البائع عن تسليم الزيادة في المبيع ، أو أن تنفيذه للعقد صدر معيبا ، سواء تعلق العيب بالمبيع المسمى في العقد أصلا ، أم بالزيادة ــ حال كون هذا العيب مؤثرا ــ ، ثبت للمشتري الحق في الامتناع عن تسليم كامل الثمن ، وعليه ثبت له الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة المشتري في الدعاوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن الزيادة [1]. كما هو الحال بالنسبة للالتزام بمحل العقد قبل الزيادة .
وهو ما ذهب إليه الحنفية ،والمالكية كما تقدم [2] .

٢ــ من قال من الفقهاء أن الزيادة لا تلتحق بأصل العقد ، ولا تستند في ثبوتها إلى زمن انعقاد العقد ، انعدمت العلاقة عنده بين الدفع بعدم تنفيذ الالتزام والزيادة ، وعليه فلا تصح أن تكون عنده موضوعا للدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، كما لا يصح الامتناع عن تنفيذ الالتزام المتعلق بها والمتمثل بتسليمها مستندا للطرف الأخر للتمسك بالدفع بعدم تنفيذ

---

[1] ــ لا يخفى ما في ذلك خلاف فقهي بين الفقهاء تقدم خلال مبحث المتمسك بالدفع .

[2] ــ البدائع ج ٥ ص ٢٥٨ / العناية ج ٦ ص ٥٢١ / تبيين الحقائق ج ٤ ص ٤٤٣ / فتح القدير ج ٦ ص ٥٢١ / درر الحكام ج ١ ص ٢٤٢ / الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٦٥ / منح الجليل ج ٣ ص ٦١٥ / تهذيب الفروق ــ ابن الشاط ج ٣ص ٢٩٠

الالتزام. وهو ما ذهب إليه الإمام زفر من الحنفية[1] ، والقول الأظهر عند الأئمة الشافعية[2] ، والحنابلة[3] .

أما باعتبار الحط من المبيع والإنقاص منه هبة ، وهو ما ذهب إليه الفقهاء الســابق ذكــرهم فيترتب عليه ما يترتب على الهبة من أحكام .

---

[1] ــ البدائع ج ٥ ص ٢٥٨

[2] ــ حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٣ ص ٨٥ / الروياني . بحر المذهب . ج ٦ ص ٢٨٣ / النووي . المجموع . ج ١٢ ص ٦٠ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٦ ص٣٤٢ وللشافعية قول آخر مقتضاه أن الزيادة لا تلحق بأصل العقد ولو حدث قبل اللزوم وقول آخر أنها ــ أي الزيادة تلحق بأصل العقد إذا حدثت في خيار المجلس ، أما إذا حدثت في زمن خيارالشرط فلا تلحق بأصل العقد ــ أنظر زكريا الأنصاري . أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٤ ص ٢٣٢ .

[3] ــ ابن قدامة . المغني . ج ٤ ص ٢٠٠ / ابن مفلح . المبدع ج ٤ ص ١٠٦

المطلب الثاني :

الزيادة في الثمن أو الحط منه .

فكما وقع الخلاف الفقهي في الصورة الأولى ، فقد جرى في الصورة الثانية ، وفق ما يأتي :

القول الأول :

أن الزيادة في الثمن من قبل المشتري تقع صحيحة معتبرة ، وكذلك الحط منه ، ويستند أثر هذه الزيادة أو الإنقاص إلى زمن الانعقاد ؛ باعتبار إلحاقها بأصل العقد .

ويستوي في ذلك أن تكون هذه الزيادة في ذات مجلس العقد ، أم في مجلس آخر ، سواء تم قبل نقد الثمن وقبضه ، أم بعد ذلك ، سواء صدرت قبل لزوم العقد ، أم بعده .

وبه قال الحنفية[1] ، ماعدا الإمام زفر رحمه الله . وبه قال الأئمة المالكية[2] .

أدلة هذا القول :

أن الزيادة في الثمن والحط منه أمر متروك لإرادة الطرفين ولهما مطلق الحرية في ذلـك ؛ حيث أن الزيادة أوالإنقاص من الثمن ما هي إلا تغيير لوصف العقد ــ والعقد يقبل مثل هـذا التغيير ــ ، قياسا على :

أ ــ إسقاط الخيار ــ فكما أن للطرفين تغيير وصف العقد ، من أن يكون غير لازم ، إلـى عقد لازم ، كما هو الحال في إسقاط الخيار ــ بعد أن تم انعقاد العقد مع الاحتفـاظ بـالحق بالخيار ــ ، وذلك بإرادة حرة معتبرة ، جاز لهما الزيادة في الـثمن ، أو الإنقـاص منـه ؛ باعتباره تغييرا لوصف العقد [3] .

---

[1] ــ ابن الهمام . شرح فتح القدير ج ٦ ص ٥٢٣ .

[2] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٦٥ .

[3] ــ ابن الهمام . شرح فتح القدير ج ٦ ص ٥٢١ .

ب ــ القياس على الإقالة ، فكما أن للطرفين الاتفاق على أن يقيل أي منهما الآخر ، فيرفعـــا العقد من أصله ، وهو تغيير يقبله العقد ، جاز لهما الزيادة ، والإنقاص من الثمن ، الذي هو أقل خطرا من الإقالة[١] .

ج ــ القياس على جواز تعديل الأجل . فإذا قام البائع بمنح المشتري آجلا بعد ثبوت الـــثمن حالا في ذمة المشتري ، ويعتبر الأجل الممنوح صحيحا معتبرا ملزما ، وهو تعديل في العقد بعد لزومه ، فصح تعديل الثمن قياسا عليه [٢].

القول الثاني :

إن الزيادة على الثمن ، أو الحط منه لا تلحق بأصل العقد ولا تستند في ذلك إلى زمن انعقاد العقد ، إلا إذا تمت قبل لزوم العقد .

وبه قال الإمام زفر من الحنفية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة [٥].

وعليه فإن الزيادة في الثمن ، أو الحط منه يكون من قبيل الهبة المبتدأة ، فلا تلزم الزيادة أو الإنقاص ، ولا يستند أثرها إلى زمن انعقاد العقد ، إلا إذا حدثت قبل لزوم العقد .

أدلة هذا القول :

١ــ لا وجه للتفريق بين حط جميع الثمن وحط جزء منه ، فكما أن حط جميع الثمن لا يلحق بأصل العقد ، فكذلك حط جزء من الثمن الأولى أن لا يلحق بأصل العقد .

---

[1] ــ العناية ج ٦ ص ٥٢١

[2] ــ فتح القدير ج ٦ ص ٥٢١

[3] ــ البدائع ج ٥ ص ٢٥٨ تت / العناية ج ٦ ص ٥٢٠

[4] ــ بحر المذهبت ج ٦ ص ٢٨٣ / النووي . المجموع . ج ١٢ ص ٦٠ / زكريا الأنصاري . أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٤ ص ٢٣٢

[5] ــ ابن قدامة . المغني . ج ٥ ص ٣٤٩ / ابن مفلح . المبدع ج ٤ ص ١٠٦-١٠٧

٢ــ أن الزيادة في المبيع لا تلتحق بأصل العقد في حق الشفيع ، فــإذا زاد المشــتري ثمــن المبيع ، وتقدم آخر لأخذه بالشفعة ، فإن الزيادة لا تلزمه ، ولا تجب عليه ، وله أخذه بالثمن الأول قبل الزيادة ، فدل هذا على أن الزيادة لا تلحق بأصل العقد ، فكما أن الزيادة لا تلحق بأصل المبيع في حق الشفيع ، لم تلحق بأصل العقد في حق العاقدين ، وكذلك الأمر بالنســبة للحط من الثمن [1].

المناقشة :

اعترض الشافعية والحنابلة على أدلة جمهور الحنفية وفق ما يلي :

ما استدل به الحنفية من قياس الأمر في زيادة الثمن أو الإنقاص منه علــى إســقاط الأجــل المشروط ، ولحوق ذلك بأصل العقد . يجاب عليه بأن الخيار لا بد زائل ، إما بزوال العقد ، إذا كان مترتبا عليه ، وإما بإمضاء العقد . وعليه فإن إزالة الشرط احتمال قائم ، وما قام به من أسقطه ما هو إلا تعجيل للشرط الثابت ، بخلاف الزيادة ، فالعقد في الإصل لم يرد بها ، ولم تكن قائمة حكما، لنقول بأن العاقد قام بتعجيلها .

أما استدلالهم بالقياس على الإقالة ، فيجاب عليه بأن الإقالة عقد جديد ، وهو أمــر يحتملــه المحل الأول لعدم التناقض .

وأجاب الحنفية على أدلة الفريق الأخر بــ :

أن ما استدل به الفريق الأخر من أنه لا وجه للتفريق بين حط جميع الثمن وحط جزء منه ، والذي يترتب عليه القول بعدم صحة الزيادة أو الإنقاص ، وعدم استنادها إلى زمــن انعقــاد العقد .

---

[1] ــ حاشية الرملي بهامش زكريا الأنصاري . أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٤ ص ٢٣٢ / حاشية الجمل ج ٢ ص ٨٥ / مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ص ١٦٣ / فتح القدير ج ٦ ص ٥٢٣

يجاب عليه بأن موجب التفريق قائم ، ذلك أن حط جميع الثمين تعديل للعقد من أصله ؛ فلم يلتحق حط الجميع بالعقد ، ولم يستند أثره إلى الزمن الماضي ، إضافة إلى أن القول بلحوق حط جميع الثمن بأصل العقد يستلزم أمورا ويوجب أحكاما لا يستلزمها ولا يوجبها حط جزء من الثمن ، فحط الجميع بناء على القول بلحوقه أصل العقد يؤول بالبيع إلى بيع فاسد لعدم الثمن ، وقد ظهرت إرادة الطرفين بأنهما لا يريدان ذلك ، وإما أن يؤول الأمر على نوع من أنواع التبرعات ، والتي لا عوض لها ، ولا شك أن الأمرين منفيان ؛ ذلك أن إرادة الطرفين ابتداء ما اتجهت إلى هذا ولا قصده الطرفان ، بخلاف ما لو كان تبرع ابتداء كالهبة والصدقة أو غيرها ، وما ذكر من احتمال ، قام حائلا دون القول بلحوق حط جميع الثمن بأصل العقد[1] .

وعليه كان للتفريق بينهما وجه .

مما تقدم يظهر أن القول بأن الزيادة في الثمن أو الإنقاص منه تلتحق بأصل العقد وتستند في إثارها إلى الزمن الماضي هو القول الأرجح ؛ ذلك أن الأمر لا يخلو من أن يكون اعتبارا لإرادة الطرفين ، واحترامها ما لم تصادم حق الشرع ، ولم تمس حق الغير . ثم إن للطرفين الاحتياط إذا لم يريدا هذا الأمر ، بأن يتم النص على حكم الزيادة ، أو الحط من الثمن في حينها ، أو يستنتج الحكم بما يدل على ذلك من إمارات وقرائن .

إلا أنه يشترط لذلك شروط هي :

١ــ أن يكون المبيع قائما في قول عند الحنفية إذا تمت الزيادة في الثمن ، أما في الإنقاص والحط من الثمن فلا يشترط قيامه .

وجه هذا التفريق : أن حكم التعديل في العقد واستناده إلى زمن انعقاد العقد يجب أن يثبت في الحال أولا ، ثم يسري أثره إلى الماضي ــ زمن الانعقاد ــ وعند هلاك المبيع ، أو استهلاكه ، فإن الزيادة لا تصادف محلا ، فلا يصح إلحاقها بأصل العقد بخلاف الحط والإنقاص ، حتى بعد هلاك المبيع ؛ ذلك أن ما يحط وينقص من الثمن هو إسقاط لجزء مما في الذمة ويستوي في ذلك بناء أن يكون هلاك المبيع حقيقيا ، كفناء العين أو حكميا كتغير وصفه ،

[1] ــ العناية ج ٦ ص ٥٢٠ – ٥٢١

بحيث لا يطلق عليه اسمه الأول ، كالخيط بعد النسيج ، أو الطعام بعد الطبخ ، أو القمح بعد الطحن ، أو الدقيق بعد الخبز ، أو أن يكون خرج من الملك ثم عاد إليه بأي سبب كان عوده [١].

أما القول الآخر للحنفية : أن الزيادة تصح قياسا على الحط لاتحاد المحل [٢] .

٢ــ يشترط للقول بلحوق الحط بأصل العقد أن لا يكون شاملا لجميع الثمن ، فإذا كان الحط شاملا لجميع الثمن فإنه يصح ــ إذا كان الثمن مما يثبت في الذمة ــ على اعتبار أنه إسقاط للحق ، إلا أنه لا يلحق بأصل العقد ، باعتبار ما تقدم قبلا ، من أن قصد العاقدين متوجه إلى عقد المعاوضة ، وبلحوق الإسقاط بأصل العقد تجاوز على حقهما وقصدهما ، أو أن الأمر يؤول إلى بيع فاسد [٣] . أما إذا لم يكن شاملا جميع الثمن فهو حط صحيح معتبر، ملحق بأصل العقد .

٣ــ أن لا يكون الحط من الوكيل ، فلو قام الوكيل بإنقاص الثمن صح الإنقاص وضمن الحق لصاحبه ، فدل ذلك على أن أصل العقد قائم باق على ما هو عليه قبل الحط [٤] .

٤ــ أن لا يكون ما أنقص من الثمن وصفا تابعا ، فإن كان وصفا تابعا فلا أثر لهذا الحط بالنسبة للغير ، فلا يلحق بأصل العقد . فمن باع عينا بعين مثلية فتعيب الثمن في يد المشتري

---

[1] ــ فتح القدير ج ٦ ص ٥٢٢ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ١٥٤ / العيني . البناية . ج ٨ ص ٢٥٧

[2] ــ درر الحكام ج ١ ص ٢٤١ / فتح القدير ج ٦ ص ٥٢٢

[3] ــ أنظر ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ١٥٥ / العناية ج ٦ ص ٥٢٠ / العيني . البناية . ج ٨ ص ٢٥٦ وأنظر درر الحكام ج ١ ص ٢٤٨ / الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤٩٥ / منح الجليل ج ٣ ص ٦١٥

[4] ــ أنظر درر الحكام ج ١ ص ٢٤٤ ــ ونحن غير معنيين بهذا الشرط ذلك أن العلاقة قائمة بالنسبة للتعديل والدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؛ على اعتبار صحة تصرف الوكيل ولصاحب الحق الرجوع عليه .

قبل تسليمه للبائع عيبا أنقص القيمة ، فقبلها البائع مع علمه بالعيب ، فإن هـذا الإنقـاص لا يحلق بأصل العقد[1] .

٥ــ يشترط للقول بلحوق الحط من الثمن بأصل العقد ، أن يكون هذا الحط مما جـرت بـه العادة ، وأن يكون الباقي من الثمن بعد الحط والإنقاص صالحا لأن يكون ثمنا لذلك المبيع ، ليميز عن الهبة والتبرعات[2] .

أما أثر هذه الزيادة على الثمن أو الحط منه ، وما يترتب عليها بالنسبة للـدفع بعـدم تنفيـذ الالتزام ، فذلك مبني كما تقدم على القول بلحوق ذلك بالأصل من عدمه ، وعليه :

١ــ من قال من الفقهاء بأن الزيادة أو الحط من الثمن ملتحق بالأصل ، وأنها تستند في ذلك إلى زمن انعقاد العقد ، أثبت الحق في الامتناع عن تنفيذ الالتـزام المتمثـل بتسـليمها ، أو الالتزام المقابل لتسليمها وفق ما يلي :

أولا : إذا امتنع المشتري عن تسليم الزيادة في الثمن ، ثبت للبائع الحق في الامتنـاع عـن تسليم المبيع ، إلى أن يقوم المشتري بالوفاء بالثمن والزيادة ــ ما لم يسقط حق البائع لسبب آخر ــ ، بل وللبائع استرداد العين إذا وضع المشتري يده عليها بغير إذن البائع وإرادتـه ، وبالتالي ثبت للبائع الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهـة المشـتري فـي الدعوى المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن أصل العقد والزيادة .

ثانيا : إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع للمشتري بعد الحط من الثمن حال كـون المشـتري مستعدا للوفاء بالثمن بعد الحط ، ثبت لهذا الأخير التمسك بالدفع بعدم تنفيـذ الالتـزام فـي

---

[1] ــ انظر تبيين الحقائق ج ٤ ص ٤٤٥ / درر الحكام ج ١ ص ٢٤٤ ، إلا أن أثر هذا الأمر بالنسبة للدفع بعدم تنفيذ الالتزام قائم باعتبار قبول من له الحق بما تم دون أن يشترط تغييرا في الالتزام المقابل ، فيكون ما تم بالنسبة إليه تنفيذ معتبر ، وهذا مما له علاقة بشروط قبول الدفع .

[2] ــ الدسوقي . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤٩٥ / منح الجليل ج ٣ ص ٦١٥

مواجهة الأول ، في حين سقط حق البائع في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهـــة المشتري إذا كان مستند البائع المتمسك بالدفع إخلال المشتري بالوفاء بكامـــل الـــثمن قبـــل الحط .

٢ــ من قال من الفقهاء أن الزيادة من الثمن لا يحلق بأصل العقد ، ولا يستند ذلك التعديل في ثبوته إلى زمن انعقاد العقد ، انعدمت العلاقة عنده بين الدفع بعدم تنفيذ الالتزام والتعديل القائم ، وعليه فلا صح أن يكون هذا التعديل عنده موضوعا للدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

المبحث الثاني :
الزيادة الحاصلة في عقد الرهن .

المطلب الأول : زيادة الرهن .

المطلب الثاني : المتولد من الرهن .

المطلب الأول :

زيادة الرهن .

لتعديل الالتزام في عقد الرهن حالتان :

الحالة الأولى : أن يقوم الراهن بزيادة الرهن ، كأن يقوم بدفع عين أخرى وتسليمها للمرتهن ، تضم للرهن الأول ، بحيث تصبح الأولى والزيادة رهنا واحدا بذات الدين الأول .

الحالة الثانية : أن يقوم المرتهن بأداء مالي آخر للراهن ، يضم هذا الدين للدين المترتب في ذمته ، على أن يكون الدين الأول والزيادة موثقين بذات الرهن .

الحالة الأولى : تعديل الرهن بزيادة عين أخرى .

للفقهاء قولان في حكم تعديل الرهن ــ بزيادة عين أخرى تكون رهنا مع الأولى بذات الدين ــ ، من حيث إلحاق الزيادة بأصل الرهن من عدمه .

القول الأول :

يجوز تعديل الرهن ، بزيادته وضم عين أخرى تكون رهنا مع الأولى بذات الدين ، ويلحق ذلك بأصل العقد[1] .

وهو قول جمور الحنفية[2] ، والمالكية[3] ، والشافعية[4] ، والحنابلة[5] .

وجه هذا القول :

[1] ــ أنظر الهداية. شرح فتح القدير ج ١٠ ص ٢٠٠ ــ لا يخفى أن الزيادة لا تلزم إلا بالقبض عند بعض الفقهاء .

[2] ــ تبيين الحقائق ج ٧ ص ٢٠٢ / نتائج الأفكار ج ١٠ ص ١٩٩ / العناية ج ١٠ ص ١٩٩ .

[3] ــ مختصر خليل ج ٥ ص ٦ / مواهب الجليل ج ٥ ص ٦ / القرافي . الذخيرة . ج ٨ ص ٩٦ .

[4] ــ االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ٢٩٦ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ١٢٧ / الشيرازي . المهذب ج ١ ص ٤٠٨

[5] ــ الرحيباني . مطالب أولي النهى ج ٣ ص ٢٤٩

أن الأصل في عقد الرهن أنه وثيقة بالدين ، حتى إذا لم يتم الوفاء استوفى صاحب الحق حقه من الرهن ، وما زيادة الرهن إلا زيادة توثيق ، وهو أمر مقبول في الشرع ، ولا يوجد مانع منه[١] .

القول الثاني : وهو قول الإمام زفر من الحنفية .

وينص هذا القول على أن زيادة الرهن لا تصح ، ولا تلحق بأصل العقد . وإذا ما قدمت وقبلت فإنها لا تكون رهنا ، بل يكون الرهن وفق ما أنشئ عليه في الأصل ، دون تعديل أو تغيير[٢] .

أدلة هذا القول :

إن ما استدل به لهذا القول في حقيقته اعتراض على دليل الفريق الأول ، ذلك أن القول بأن الزيادة على الرهن زيادة صحيحة معتبرة ، تلحق بأصل العقد ، يوجب الشيوع في الدين ، بخلاف ما كان عليه في الأصل ؛ ذلك أنه لا بد من أن يكون لكل رهن من الرهنين حصة تقابله من الدين ، فيخرج من الدين الأول بقدره عن أن يكون رهنا أو مضمونا بالرهن الأول ، وهذا مما يفسد عقد الرهن[٣] .

يجاب على هذا الدليل ، بأن الزيادة في الرهن وإن كانت توجب الشيوع في الدين ، إلا أن هذا الشيوع لا يفسد العقد ؛ لأن حقيقة عقد الرهن أنه وثيقة بالدين ، وما يتم بزيادة الرهن ما هو إلا تحول بعض الدين إلى الرهن الثاني ، فيقسم الدين على الرهن الأول وعلى الزيادة بحسب قيمة كل منهما ، وليس هناك ما يمنع من ذلك[٤] .

---

[1] ــ مغني المحتا ج ج ٢ ص ١٢٧ / الرحيباني . مطالب أولي النهى ج ٣ ص ٢٤٩ .

[2] ــ تبيين الحقائق ج ٧ ص٢٠٢ / الهداية. شرح فتح القدير ج ١٠ ص ١٩٩ .

[3] ــ تبيين الحقائق ج ٧ ص ٢٠٢

[4] ــ تبيين الحقائق ج ٧ ص ٢٠٣

ثم إن عقد الرهن ، هو اتفاق إرادتين على إنشائه بشروطه ، فإذا تم ذلك على هذا الوجه كان صحيحا معتبرا . فكما أن لهما الحق في إنشاء الرهن ابتداء ، كان لهما الحق في التعديل عليه بعد انعقاده ، فكان القول الأول أولى .

أثر هذه الزيادة على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

من قال من الفقهاء بأن الزيادة على الرهن تلحق بأصل العقد ، فقد جعلها رهنا كالأصل ، وحيث أن الأصل ــ الرهن ــ قائم على حبس العين ؛ توثيقا للحق ، فقد ألحقت الزيادة بها ، بناء على هذا القول ، وعليه صح القول باعتبارها محلا للتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام بالنسبة لطرفي العقد ، الراهن والمرتهن ، فللراهن الامتناع عن الوفاء بالدين مالم يجعل المرتهن الأصل والزيادة بمحل التسليم[1] ، كما يثبت للمرتهن الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الراهن ، وذلك بجعل أصل الرهن والزيادة موضوعا للدفع ، إذا لم يقم هذا الأخير بالوفاء بما عليه من التزام تجاه المرتهن ، أو لم يكن مستعدا للوفاء به على أقل تقدير .

أما من قال بأن الزيادة لا تحلق بالأصل ، وما هي إلا أمانة ، فقد حرم كل من الطرفين من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهة الآخر بخصوص الزيادة .

الحالة الثانية :

زيادة الدين ، وذلك بزيادة دين جديد ، على أن يكون موثقا مع الدين الأول ، بنفس الرهن ، بحيث يكون الرهن وثيقة في الدين الأول والزيادة معا .

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين .

القول الأول : إن إثبات دين جديد في ذمة المدين الراهن ، وإن صح على اعتبار أنه أمر مستقل ، إلا أنه لا يتعلق بعين الرهن ، ولا يكون الرهن متعلقا به ، فهذا الدين الجديد لا

---

[1] ــ لا يخفى ما في ذلك من اختلاف بالنسبة للأصل عرض في مبحث سابق

يلحق بأصل العقد الأول ، فيبقى الرهن خاصا بالدين الأول ، وتكون الزيادة دينا بلا رهن ، إلا إذا وضع لهذه الزيادة رهن جديد خاص بها .

وهو قول الإمام أبي حنيفة ومحمد بن الحسن[1] ، وقول عند الشافعية[2] ، وهو ما ذهب إليه الحنابلة[3] .

أدلة هذا القول :

١ــ أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن ، حيث يصبح بعض الرهن مرهونا بالزيادة ، وبعضه مرهونا بالدين الأول ، والشيوع في الرهن لا يصح[4] .

٢ــ إلحاق الدين الجديد بأصل العقد غير ممكن ؛ ذلك أن الدين غير معقود عليه ، ولا معقود به ، ومحل الزيادة التي تلحق بأصل العقد هو المعقود عليه كالمبيع ، أو المعقود به كالثمن ؛ إذ أن الزيادة تختص بالبدلين ، لا في غيرهما ، ولا شك أن الدين ليس بديلا عن الرهن ، ولا العكس ، ولا يرد على هذا جواز استيفاء قيمة الحق من الرهن أحيانا[5] .

٣ــ إن الرهن لا يقبل الإشغال مرتين ، فهو مشغول بالدين الأول ؛ فلا يصح إشغاله بالدين الثاني[6] .

٤ــ أن الأصل عدم جواز تقديم الرهن على ما رهن به ، والقول بزيادة الدين بالرهن الأول يوجب القول بتقدم الرهن على المرهون به ، وهو أمر غير جائز [7].

---

[1] ــ أنظر تبيين الحقائق ج ٧ ص ٢٠٣ / الهداية ج ١٠ ص ١٩٩ .

[2] ــ الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٧ ص ١٨٦ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ١٢٨ / الشيرازي . المهذب ج ١ ص ٤٠٨ .

[3] ــ الرحيباني . مطالب أولي النهى ج ٣ ص ٢٤٩ .

[4] ــ تبيين الحقائق ج ٧ ص ٢٠٣ / الهداية ج ١٠ ص ١٩٩ .

[5] ــ تبيين الحقائق ج ٧ ص ٢٠٣ / الهداية ج ١٠ ص ١٩٩.

[6] ــ الرحيباني . مطالب أولي النهى ج ٣ ص ٢٤٩

[7] ــ الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٧ ص ١٨٦ .

٥ــ القياس على البيع . فكما لا يجوز أن يباع الشيء الواحد مرتين بالعقد نفسه ، فكــذلك لا يرهن الشيء نفسه مرتين[١] .

٦ــ لو جاز أن يكون الشيء الواحد رهنا بدينين منفصلين ، لجاز أن يكون الشيء نفسه رهنا عند شخصين مختلفين ، فلما منع الأخير منع الأول[٢] .

القول الثاني :

إن زيادة الدين واعتبار الرهن الأول رهنا بها وبالدين الأول صحيحة ، فيسري حكــم هــذا الدين على حكم الرهن الأول . وهو قول أبي يوسف من الحنفية[٣] ، والمالكيــة[٤]، والقــول الثاني عند الشافعية[٥] .

أدلة هذا القول :

١ــ قال تعالى : (فرهان مقبوضة)

وجه الاستدلال : أن النص عام ، دون أن يحدد فيما إذا كان الرهن مقابلا بدين قديم لا تجوز زيادته ؛ ذلك أن الزيادة في الدين مقابل ذات الرهن ، داخلة في عموم النص الكريم[٦] .

٢ــ القياس على عقود التوثيق الأخرى كالكفالة ، حيث أن الغاية منها التوثيق ، فكما للإنسان أن يكون كفيلا بأكثر من حق بذات الوقت ، جاز أن يكون الشيء مرهونا بأكثر من حق في آن واحد[٧] .

---

[1] ــ الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٧ ص ١٨٦ .

[2] ــ الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٧ ص ١٨٦ .

[3] ــ تبيين الحقائق ج ٧ ص ٢٠٢ / الهداية ج ١٠ ص ١٩٩ / درر الحكام ج ٢ ص ١١٨

[4] ــ مختصر خليل ج ٥ ص ٦ / مواهب الجليل ج ٥ ص ٦ / القرافي . الذخيرة . ج ٨ ص ٩٦ .

[5] ــ الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٧ ص ١٨٦

[6] ــ أنظر القرافي . الذخيرة . ج ٨ ص ٩٦

[7] ــ أنظر القرافي . الذخيرة . ج ٨ ص ٩٦ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٧ ص ١٨٦ .

٣ــ القياس على الزيادة في الرهن ، فكما جازت الزيادة في الرهن ، وألحق ذلــك بأصــل العقد ، جازت الزيادة في الدين ، وألحقت هذه الزيادة بأصل العقد ، واعتبر الدينان موثقــان بنفس الرهن[1] .

٤ــ قياس الزيادة في الدين وإلحاق ذلك بأصل عقد الرهن ، على الزيادة في الثمن في البيع ، وإلحاق ذلك بأصل عقد البيع . فالدين كالثمن[2] .

المناقشة :

نوقشت أدلة الفريق الأول ، والتي مضمونها أن الرهن مشغول بدين فلا يجوز أن تشغل بدين جديد ، يجاب عليه بأن ذلك منقوض بالقياس على العبد ، إذا جنى أكثر من مرة ، فإنه يعــد مشغولا بالجناية الثانية بعد أن كان مشغولا بالجناية الأولى[3] .

أما أدلة الفريق الثاني : فقد اعترض عليها بأن القياس على الكفالة لا يصح ، إذا أن الكفالــة وإن كانت توثيقا للحق فإنه يجوز فيها أن تكون عن شخصين مختلفين ، فجاز أن تكون عن حقين مختلفين في عقد واحد ، بخلاف الرهن ، حيث لا يجوز أن يكــون عنــد شخصــين مختلفين ، فلا يجوز أن يكون رهنا بحقين مختلفين ، ولا شك أن الدين الأول مختلف عــن الثاني [4].

أما القياس على زيادة الرهن ، فهو قياس لا يصح كذلك ؛ لأن الزيادة على الرهن لا تكــون إشغالا للدين ، أما الزيادة في الدين فهو إشغال مشغول وهو لا يصح[5] .

---

[1] ــ درر الحكام ج ٢ ص ١١٨ / الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٧ ص ١٨٦ .

[2] ــ درر الحكام ج ٢ ص ١١٨ .

[3] ــ القرافي . الذخيرة . ج ٨ ص ٩٧ .

[4] ــ الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٧ ص ١٨٦

[5] ــ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٢ ص ١٢٨

وبهذا يظهر أن القول بصحة زيادة الدين ، ولحوق ذلك بأصل العقد ، هو القول الـراجح ، ويكون الدينان الأول ، والزيادة موثقان بذات الرهن ، ولا مانع من ذلك ؛ رعاية لمصـالح الناس ، هذا من جهة ، ومن جهة آخرى فكما يثبت للمرتهن تسليم عين الـرهن مـع بقـاء الدين ، ومن ثم زيادة الدين ، ثم أخذ رهن واحد بكامل الحق ، وهذا لا منازع فيـه ، ثبـت للطرفين الاتفاق على إدخال دين جديد ضمن ذات عقد الرهن وتوثيقه به .

المطلب الثاني :

المتولد من الرهن .

النوع الأول : المتولدات المتصلة فهذه يسري عليها حكم الأصل باتفاق الفقهاء [1].

وعلى هذا فهي رهن مع الأصل تحبس بالحق بوصفها توابع له وللمرتهن الامتناع عن تسليمها للراهن إلى أن يستوفي ما له من حق وإذا ما أقام الراهن دعواه مطالبا المرتهن بالتسليم ثبت لهذا الأخير حق التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام في مواجهته.

النوع الثاني : المتولدات المنفصلة .

اختلف الفقهاء في حكم سريان عقد الرهن إليها وذلك على ثلاثة أقوال .

القول الأول : يسري الحكم على المتولدات المنفصلة كما هو الحال في المتولدات المتصلة وتعتبر رهنا مع الأصل بحيث يحق للمرتهن احتباسها والامتناع عن تسليمها للراهن لاستيفاء الحق وبهذا يمكن من إثارة الدفع بعدم التنفيذ بخصوص المتولدات استنادا إلى عدم وفاء الطرف المقابل ــ الراهن ــ بما عليه من التزام للأول وهو ما قال به الحنفية [2] والحنابلة [3] .

أدلة هذا القول :

---

[1] ــ السرخسي . المبسوط ج ٢١ ص ١٠٥ / ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١٠ ص ٧٠ / ابن جزي . القوانين الفقهية . ص ٢٧٨ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٨٩ / الماوردي . الحاوي الكبير . . ج ٦ ص ٢٠٨ / الشافعي . الأم . ج ٨ ص ١٩٧ / البهوتي . كشاف القناع . . ج ٣ ص ٣٣٩ / ابن مفلح . المبدع ج ٤ ص ٢٢٦ / الكافي في فقه الإمام أحمد ج ٢ ص ٨١

[2] ــ العناية ج ١٠ ص ١٩٨ / تبيين الحقائق ج ٦ ص ٩٤

[3] ــ البهوتي . كشاف القناع . . ج ٣ ص ٣٣٩ / الرحيباني . مطالب أولي النهى ج ٣ ص ٢٦٨

١ــ أن ما يتولد عن المبيع يتبع المبيع في الملك سواء كان المتولد متصلا أم منفصلا فوجب أن يتبع الأصل في اليد ــ حال كونها مشروعة أصلاــ بجامع أن كلا من عقدي البيع والرهن واردة على أعيان حكمها اللزوم . [١]

٢ــ بما أن وجود الرهن تحت يد المرتهن بموجب العقد اللازم لا يخرج الأعيان المرهونة عن ملكية الراهن فكلذلك المتولدات وحيث أن عقد الرهن قائم على وضع يد المرتهن وحبسه للأعيان المرهونة ــ الأصول ــ وجب إقرار يده على ما تولد عن الأصل لوجوب إلحاقها لها في الحكم وكما شرع حبس المتولد عن المبيع لا ستيفاء الثمن شرع حبس المتولد عن الرهن لاستيفاء الحق . [٢]

٣ــ اتفق الفقهاء على أن المتولدات عن الأصل تابعة له سواء كانت متصلة أم منفصلة فلا موجب للتفريق بين المتصل والمنفصل منها عن الأصل في حكم الرهن فهو تفريق قائم على غير دليل [٣].

القول الثاني : أن المتولدات المنفصلة لا يسري عليها حكم الرهن وهو ما ذهب إليه الشافعية [٤]

أدلة هذا القول :

١ــ ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله : (الرهن محلوب مركوب). [٥]

---

[1] ــ البهوتي . كشاف القناع . . ج ٣ ص ٣٣٩

[2] ــ تبيين الحقائق ج ٦ ص ٩٤

[3] ــ ابن قدامة . المغني . ج ٤ ص ٤٣١

[4] ــ الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٣ ص ٧٠ / االنووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ٣٠٣

[5] ــ تخريج الحديث : المستدرك ج ٢ ص ٦٧ رقم الحديث ٢٣٤٧ / سنن البيهقي ج ٦ ص ٣٨ رقم ١٠٩٨٩

وجه الاستدلال : أن الرهن محلوب للراهن المالك ومركوب له لا للغير وله الحق باستيفائه دون أن يعد ذلك إخلال بعقد الرهن ولا يكون ذلك إلا بالقول أنها غير داخلة في عقد الرهن فلا تحبس مع الأصل في عقد الرهن .

٢ـ ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله : (لا يغلق الرهن من الراهن الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه) [1]

وجه الاستدلال : أن الحديث أوجب للراهن منفعة الرهن ومنه حلبه ، وهذه لا تستوفى إلا بالقول بأن له أخذها منفصلة [2] وهذا يوجب الحكم بعدم جواز حبسها من قبل المرتهن إلا بالنص عليها . وعليه فلا يملك المرتهن والحالة هذه الامتناع من تسليمها للراهن حال طلبه لها .

٣ـ القياس على الإجارة ؛ ذلك أن عقد الإجارة لا يزيل الملك وإن كان يزيل اليد مؤقتا ولا تدخل المتولدات في العقد . وكذلك الحال بالنسبة لعقد الرهن فهو عقد لا يزيل الملك وإن كان قائما على إقرار يد المرتهن فلم تدخل المتولدات فيه[3] .

٤ـ إن التفريق بين المتولدات المتصلة والمنفصلة في الحكم بالنسبة لعقد الرهن بحيث تدخل الأولى في الرهن تبعا دون الثانية ؛ تفريق مسوغ شرعا ذلك أن المستقل منها ــ المنفصل ــ قابلا لورود العقود عليها بشكل مستقل بخلاف المتصلة فدل على أن المنفصلة لا تدخل في عقد الرهن تبعا.[4]

---

[1] ــ تخريج الحديث : ابن ماجه ج ٢ ص ٨٣٦ رقم الحديث ٢٤٤١ / البيهقي ج ٦ ص ٣٩ رقم الحديث ١٠٩٩٢

[2] ــ الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٦ ص ٢٠٩

[3] ــ النووي . روضة الطالبين ج ٣ ص ٣٠٣ / الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ج ٣ ص ٧٠

[4] ــ الماوردي . الحاوي الكبير . .ج ٦ ص ٢١٩

أما القياس على حبس المبيع فهو غير مسلم ذلك أن الشافعية يقولون أن المتولدات المنفصلة لا تحبس مع الأصل[1] .

واعترض على أدلة الشافعية من وجوه :

الاستدلال بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم (لا يغلق الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه) . يعترض على الاستدلال به

١ـ الراجح أن عبارة له غنمه وعليه غرمه هي من قول الإمام سعيد بن المسيب رضي الله عنه ، إضافة إلى أن الحديث مرسل لم يثبت وصله [٢].

ويجاب عليه بأن مراسيل سعيد بن المسيب مقبولة عند العلماء وتعتمد لبناء الأحكام[٣] .

٢ـ على فرض صحة الزيادة ورفعها فإنها تتعلق بالملك وهو أمر لا منازع فيه[٤] ، لا بمشروعية وضع اليد على الزيادة من قبل المرتهن ـ الذي هو محل النزاع ـ .

أما الاستدلال بحديث الرهن محلوب مركوب ، فلا دلالة فيه على ما ذهب إليه الشافعية ؛ ذلك أن معنى الحديث والمراد منه أن الرهن محلوب مركوب للراهن بإذن المرتهن وللمرتهن بإذن الراهن ؛ فالمقصود الانتفاع [٥].

---

[1] ـ الماوردي . الحاوي الكبير . ج ٦ ص ٢٠٩

[2] ـ التمهيد ج ٦ ص ٤٢٩

[3] ـ معرفة السنن والآثار ج ٤ ص ٤٤١

[4] ـ ابن قدامة . المغني . ج ٤ ص ٤٣١

[5] ـ السرخسي . المبسوط ج ٢١ ص ١٠٧ – ١٠٨ (وقد استثنى الحنفية بدل المنفعة من حكم الرهن ـ أنظر ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١٠ ص ١٤٤) .

أما القول بقياس المتولد المنفصل على الإجارة وأن ذلك أولى من قياسه على عقد البيع . قول لا يصح ؛ ذلك أن المتولد سواء كان متصلا أم منفصلا هو من عين الرهن ، أما الكسب فهو خارج وعليه استثنى الحنفية بدل المنفعة من سريان حكم الرهن عليها[1].

أما التفريق بين المتصل والمنفصل من المتولدات ، وإن المنفصل لا يدخل مع الأصل في الرهن بناء على تميزها وجواز العقد عليها استقلالا ، هو استدلال غير مسلم ؛ ذلك أن ما ذكر لا يوجب عدم دخولها مع الأصل في العقد استنادا إلى قاعدة التابع تابع [2] والأولى تطبيقها على المتولدات سواء كانت منفصلة أم متصلة .

ونوقش دليل المالكية .

بأنه لا وجه ولا دليل للتفريق بين الولد والصوف وسائر المتولدات من حيث تابعيتها للأصل في الرهن .

ورد المالكية هذا الاعتراض : بأن الفرق بين الولد والصوف وسائر المتولدات يستند إلى الحديث (من باع نخلا مؤبرا فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع) [3]

وعليه وبعد عرض أدلة الفقهاء في حكم المتولد من الرهن ، من حيث لحوقه بالأصل ، بالنسبة للاحتباس ، نرى أن القياس على عقد البيع ، والاستناد في ذلك إلى القاعدة المشهورة ، التابع تابع ، هو قياس صحيح في ظاهر الأمر ، إلا أن المتولد من المبيع يقع في ملك المشتري ، باعتبار أن الأصل ملكه ، وكذلك الحال بالنسبة للملك في المتولد من الرهن ، فهو مملوك للراهن ، اتفاقا ، ثم إن الراهن أجرى عقد الرهن على عين ظاهرة معلومة محددة ،

---

[1] ــ ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ج ١٠ ص ١٤٤

[2] ــ القرافي . الذخيرة . ج ٥ ص ١٥٧

[3] ــ المنتقى ج ص ٥١٧ / موطأ الإمام مالك ج ٥ ص ٦٤٢ / الاستذكار ج ٨ ص ٧٥ جاء فيه " والأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن من باع وليدة أو شيئا من الحيوان وفي بطنها جنين أن ذلك الجنين للمشتري اشترطه المشتري أو لم يشترطه فليست النخل مثل الحيوان و ليس الثمر مثل الجنين في بطن أمه "

فكان هي الوثيقة في الحق ، دون ما انفصل عنها ، فوجب أن ينفك حكم المنفصل لعدم ورود العقد عليها أصلا ، ويخالف المتولد المتصل ، أن هذا الأخير لا ينفك عن العـــين بطبعـــه ، فوجب أن يختلف حكم المنفصل ، فلم يرد عليها عقد الرهن ، ولم تكن محلا له ، فالأولى أن لا تدخل مع الرهن من هذه الجهة ، وبهذا لا يتعلق بها الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، إذ هي في الأصل خارج نطاق العلاقة القائمة ما بين الدائن والمدين ، وحيث انعدمت العلاقة بين التزام الراهن المتمثل بالوفاء ، والتزام المرتهن المتمثل في التسليم ، انعدم حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ بخصوصها[1] .

---

[1] ـــ سبق إلى هذا الترجيح أبو حميدة . في رسالته التولد من المملوك ص ٧٦

المبحث الثالث : التعديل الحاصل في الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج.

المطلب الأول : الزيادة على المهر .

المطلب الثاني : الإنقاص من المهر .

تمهيد .

لا يتصور من الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج ، التزام قابل للتعديل إلا الالتزام بالمهر ، بوصفه التزاما ناشئا عن عقد الزواج ، وذلك بزيادته أو الإنقاص منه .

وعليه يترتب على هذه الزيادة أو الإنقاص أثر بالنسبة للدفع بعدم تنفيذ الالتزام . ومنبى هذا الأثر ، وهذه العلاقة بين الزيادة أو الإنقاص من جانب ، والدفع بعدم التنفيذ من جانب آخر ، يكون باعتبار الالتزام بالمهر ــ بوصفه التزاما ناشئا عن عقد الزواج ــ ، التزاما قابلا لمثل هذا التعديل ، وذلك بزيادته أو الإنقاص منه . ومنبى هذا الأثر ، وهذه العلاقة بين الزيادة أو الإنقاص من جانب ، والدفع بعدم التنفيذ من جانب آخر ، يكون باعتبار لحوق هذه الزيادة أو هذا الإنقاص بأصل العقد من عدمه .

المطلب الأول : الزيادة على المهر .

في الزيادة على المهر ، فقد اختلف الفقهاء في حكم إلحاقها بأصل العقد ، وذلك على قولين .

القول الأول : إن الزيادة على المهر بعد العقد تثبت وتلحق بأصل العقد ، وتستند في ذلك إلى زمن الإنعقاد .

وهو قول جمهور الحنفية[1] ، والمالكية[2] ، والحنابلة[3] .

أدلة هذا القو ل :

١ـ قال تعالى : (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة إن الله كان عليما حكيما)[4] .

وجه الدلالة : أن الله تعالى قد بين في قوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) نفي الجناح ، وهو الإثم على الزوجين أو من يمثلهما حال التراضي بعد الفرض ، وهذا النص عام يدخل في كل تعديل من زيادة أو نقصان تم بالتراضي[5] .

---

[1] ـ تبيين الحقائق ج ٢ ص ٥٤٦ / الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج ١ ص ٣٤٤ / البدائع ج ٣ ص ٥٣٥

[2] ـ الخرشي ج ٤ ص ٣٥١ / أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٥٠٠

[3] ـ ابن قدامة . المغني . ج ٦ ص ٧٤٣ .

[4] ـ النساء آية ٢٤ .

[5] ـ أنظر أحكام القرآن ـ الجصاص ج ٢ ص ١٩٥ .

٢ــ كما أن المفوضة يفرض لها المهر بعد العقد وتمامه ، وإلحاق ذلك بأصل العقد باتفاق ، جازت الزيادة على المهر بعد تمام العقد ، ولحقت بأصل العقد ، بل إن الزيادة على أمر وارد في العقد مذكور ، أولى بالقبول مما لم ينص عليه أصلا وهو معدوم [1] .

٣ ــ أن الزيادة على العقد لا يعدو تصرفا في الملك على وجه مشروع ، والتصـــرف فـــي الملك إذا لم يصادم أمر الشرع صحيح مقبول [2]؛ فكانت الزيادة

صحيحة معتبرة وألحقت بأصل العقد بناء على ما يظهر من إرادة المتعاقدين .

القول الثاني :

إن الزيادة على المهر بعد تمام العقد لا تلحق بأصل العقد ، بل هي هبة من الزوج لزوجته .
وهو قول الإمام زفر من الحنفية[3] ، وقول الإئمة الشافعية[4] .

أدلة هذا القول :

١ــ أن ما تم للزوج من ملك للبضع كان بالمسمى بالعقد ، وحيث أنه ملكه وانتهـــى ، فـــلا تضيف الزيادة إلى ملكه شيئا من المعقود عليه ، فلا مقابل لها ، فانتفت أن تكـــون مهـــرا ، فكانت هبة كسائر الهبات .

٢ــ القياس على عقد البيع ، فالزيادة في الثمن بعد لزوم العقد لا تلحق به ، ويقـــاس عليـــه الزيادة في المهر [5] .

---

[1] ــ تبيين الحقائق ج ٢ ص ٥٤٦ / ابن قدامة . المغني . ج ٦ ص ٧٤٤ .

[2] ــ انظر أحكام القرآن ــ الجصاص ج ٢ ص ١٩٥ .

[3] ــ العناية ج ٣ ص ٣٢٩-٣٣٠ / تبيين الحقائق ج ٢ ص ٥٤٦

[4] ــ حاشية الرملي ج ٤ ص ٢٣٢ / أحكام القرآن ــ الكياهراسي ج ٢ ص ٤١٤

[5] ــ العناية ج ٣ ص ٣٢٩-٣٣٠ / تبيين الحقائق ج ٢ ص ٥٤٦ / حاشية الرملي ج ٤ ص ٢٣٢ / أحكام القرآن ــ الكياهراسي ج ٢ ص ٤١٤ .

المناقشة :

أجاب الشافعية على أدلة الفريق الأول بما يلي :

١ــ أم الدليل الأول وهواستدلالهم بالآية الكريمة وما ورد فيها من قيد ، فيجاب عليه بأن ذلك محمول على جواز الإبراء عن بعض المهر ، أو هبة بعضه ، ولا يدخل في الآية الزيــادة ، وقول الله تعالى (فأتوهن أجورهن فريضة) يقتضي جواز إعطاء ما فرض للزوجــة أولا ، وقوله تعالى : (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) ، يرجع إلى الرخصــة في عدم تقديم المهر[1] .

ورد الحنفية على هذا الاعتراض بقولهم : بأن الإبراء ، والهبة ، والصدقة ، داخلة جميعهــا في مضمون الآية ، إلا أن ما ذكر من الإبراء ، والهبة ، والصدقة ، وإن ثبت رده بالرد ، إلا أنه لا يتوقف على القبول ، ولهذا جاء قيد التراضي في الآية ؛ ليدفع هذا التوهم[2] .

ورد الشافعية على هذا الرد ، بأن الهبة موقوفة على الرضا ، فدل على أنها المقصودة [3].

ويرد عليه بأنه لا وجه لتخصيص القيد بالهبة ، إذ الأصل أن يبقى على عمومه .

مناقشة أدلة الفريق الثاني :

أجاب الحنفية على أدلة الإمام زفر والشافعية ، بأن القيد مخصص بمــا ذكــروه ، لا دليــل عليه ، فيبقى العام على عمومه .

أما الدليل الثاني ، وهو أن الزوج ملك البضع بالمسمى من المهر ، وعليه فلا محــل لملــك شيء جديد ، فكانت الزيادة بلا مقابل . يعترض عليه بأن المفوضة لم يسم لها شــيء فــي العقد ، ومع ذلك يفرض لها المهر من أصله بعد العقد ، ولا يرد عليه بأن الزوج لم يملك في حال المفوضة شيئا بالمهر المسمى بعد تمام العقد [4] .

---

[1] ــ أحكام القرآن ــ الكياهراسي ج ٢ ص ٤١٤ .

[2] ــ أنظر أحكام القرآن ــ الجصاص ج ٢ ص ١٩٥ .

[3] ــ أحكام القرآن ــ الكياهراسي ج ٢ ص ٤١٤ .

[4] ــ ــ أنظر أحكام القرآن ــ الجصاص ج ٢ ص ١٩٥

فكان الأخذ بالرأي الأول أولى . وثبت بناء عليه الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتـــزام بخصوص الزيادة .

وإذا ما أراد الزوج أن لا تلحق الزيادة بالمهر ، كان له أن يمنح الزيـــادة ، ويتبعهـــا حكـــم الهبة ، أما إذا ألحقت بالمهر ، بإرادة حرة ، وجب أن تأخذ حكمه .

شروط صحة الزياده :

١ــ ان تكون الزياده معلومه .

يشترط أن تكون الزيادة معلومة ؛ ليصح القول بلحوقها بأصل العقد ، وبالتالي ترتب الأثـــر عليها كما لو أنها سميت في أصل العقد .

٢ــ صدور الإيجاب والقبول من صاحب العلاقة .

٣ــ اتحاد المجلس .

يجب أن يكون عرض الزيادة وقبولها في مجلس واحد ، ولا عبرة بالقبول الصادر بعد فض المجلس .

٤ ــ بقاء الزوجية .

فالمهر مقابل البضع في العقد ــ في ما يذكره الفقهاء تقريبا للصورة للأفهام ــ ، وبانتفـــاء الزوجية ينقطع ما يكون مقابل الزيادة ، وعليه تكون الزيادة والحالة هذه في غيرها محلها ، كما لو سمي مهر بلا عقد [1].

هذا وقد اشترط الفقهاء شروطا أخرى لاستقرار الزيادة ، وذلك بالـــدخول أو المـــوت علـــى خلاف بينهم ، وتفصيل في ذلك ، إلا أن هذا الشرط لا يعنينا في بحثنا هذا .

ولا يخفى أن الزيادة حال صدورها صحيحة ، وترتب الأثار عليها ، تكون باعتبار إلحاقهـــا بالمهر وفق ما توصف به ، من حيث تحديد الأجل من عدمه .

---

[1] ــ الشيخ نظام . الفتاوى الهندية . ج١ ص ٣٤٤ / حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ج ٢ ص ٥٤٦ / الأبياني ج ١ ص ١١٤ .

أما في القانون :

فقد عالج هذه الحالة قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة ٦٣ منــه . حيـث اعتبـر الزيادة تلحق بأصل العقد . إلا أنه اشترط شروطا لذلك وهي

١ــ أهلية التصرف بالنسبة لكل من الطرفين .

٢ــ صدور القبول من الطرف المقابل .

٣ــ اتحاد مجلس الزيادة ، فإذا صدر القبول بعد فض المجلس فلا عبرة بالزيادة حينئذ .

ولا يخفى أن ما جرى عليه العمل من تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل ، يسري علــى هــذه الزيادة ، فإن ألحقت بالمؤجل أخذت حكمه ، وإن ألحقت بالمعجل أخذت حكمه ، وإذا حدد لها أجل وجب اتباعه ، أما إذا أغفل وصفها من حيث تعجيلها أو تأجيلها فيجب تطبيق الأحكــام الخاصة بالمهر ــ على اعتبار أن الزيادة مهر ــ ، وعليه إذا أغفل الأجل ، أو حــدد أجــل فاسد ، تؤول إلى إلحاقها بالمهر المعجل وهو ما له علاقة بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

المطلب الثاني .

الإنقاص من المهر .

اتفق العلماء على أن للزوجة الحط من مهرها ، سواء كان ذلك بالإبراء ، أو بالهبة ، ويترتب على ذلك علاقة ما بين الدفع بعدم تنفيذ الالتزام والحط ، ولا يخفى أن للفقهاء اختلاف فـــي اعتبار لحوق الحط من المهر بأصل العقد من عدمه ، إلا أنه لا يعنينا من ذلك إلا ما يتعلق بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وعلى كل ، سواء قلنا بأن الحط يلحق بأصل العقــد أم لا ، فــلا يختلف الأثر في ذلك على الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

الخاتمة

أحمد الله العلي العظيم على جزيل عطائه ووفير نعمائه ، وعلى ما من به علي ، وما يسره لي من إتمام هذه الأطروحة ، والتي أسأل الله العلي العظيم أن ينفع بها ، فقد ظهر لي من خلال ما قمت بدراسته مما ورد في الفقه الإسلامي مما له تعلق به ، ظهر لي عظم هذا التشريع الإلهي ، والذي يجد الإنسان متعة ولذة في دراسته ، وتطبيق ما تعلق بحاله منه .

فقد رأينا أن الفقهاء المسلمين قد عالجوا موضوع الدفع بشكل عام ، وكانت معالمه محددة بشكل دقيق جدا .

وأنهم بحثوا موضوع الالتزام ، وحددوا كل متعلقاته بشكل مفصل ودقيق .

أن الالتزامات قد تنشأ عن واقعة واحدة ، سواء كانت واقعة عقدية ، أم واقعة مادية ، وبالتالي تكون هذه الالتزامات متقابلة مترابطة فيما بينها بسبب هذه العلاقة التي ولدت الالتزامات .

أن الإخلال في تنفيذ أحد الالتزامات المتقابلة المرتبطة ببعضها والناشئة عن واقعة واحدة ، تخول من وجب عليه الالتزام الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما عليه إلى أن يستوفي ما له من التزام ، وعليه ملك الادعاء بمشروعية امتناعه لامتناع مقابله ، وله إثارة ذلك بصورة دفع ، وهذا بشكل قاعدة عامة .

وقد اشترط الفقهاء شروطا لا بد منها للقول بصحة هذا الامتناع ، وإثارته بشكل دفع للدعوى .

وبذات الوقت فقد حدد الفقهاء على خلاف بينهم صاحب الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في الالتزامات المتقابلة .

وبينوا مسقطات الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، ومن ذلك :

الحوالة : فقد اختلف الفقهاء في أثرها على الالتزام ، وبناء عليه اختلفوا في اعتبارها من مسقطات الدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

الإبراء : وقد اختلف الفقهاء في تكييفه الفقهي كذلك . وبينوا أثره على الالتزمات .

التنفيذ : فقد اتفق الفقهاء على صور من يكون فيها التنفيذ معتبرا شرعا ، مسقطا للحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، ومنه ما اختلفوا فيه كالإعارة والإيداع .

وكذلك ناقش الفقهاء نطاق الدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، وذلك من حيث المجالات التي يمكن التمسك فيها بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، فمنه ما اتفقوا فيه على جواز إثارة الدفع ، ومنه اختلفوا فيه ، فقد منح البعض الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام ، في حين منع البعض الآخر من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

وتعرض الفقهاء لأثر التعديل الحاصل في الالتزام على الحق في التمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام .

أما أهم النتائج التي توصلت إليها :

أولا : أن الدفع بعدم تنفيذ الالتزام هو : الادعاء بمشروعية امتناع المدعى عليه عن تنفيذ ما وجب عليه من التزام لعدم استحقاق ذلك عليه حالا استنادا إلى امتناع المدعي عن تنفيذ ما وجب عليه من التزام أو إخلاله به .

ثانيا : أن الدفع بعد تنفيذ الالتزام ما هو إلا وقف للتنفيذ مرحليا دون أن يكون له أثر في الالتزام ذاته إلا إذا كان الزمن عنصرا من عناصره .

ثالثا : أن الدفع بعدم تنفيذ الالتزام هو دفع موضوعي ؛ ذلك أنه متعلق بذات الحق موضوع الدعوى .

رابعا : أن الدفع بعدم تنفيذ الالتزام يصح التمسك به في الالتزامات المتقابلة حال قيام الرابطة بينها سواء كانت هذه الالتزامات ناشئة عن واقعة مادية أم واقعة عقدية.

خامسا : أن الدفع بعدم التنفيذ لا يثار إلا في وقت ومرحلة محددة من مراحل المحاكمة ، وأن ما يقال من صحة إثارة الدفع قبل البينة وبعدها وقبل الحكم وبعده ليس على إطلاقه .

سادسا : أن المتمسك بالدفع بعدم تنفيذ الالتزام يسعى إما لتأخير الحكم في الدعوى أو ردها نهائيا ، أو الحصول على حكم مشروط لصالحه .

سابعا : أن الدفع بعدم تنفيذ الالتزام بوصفه دفعا موضوعيا للدعوى ، وهو بهذا يعد ادعاء جديدا يمكن أن يثار في مواجهة المتمسك به دفوعا موضوعية .

قائمة المصادر والمراجع :

- ابن أبي الدم ، شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله ، **كتاب أدب القضاء وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات** ، تحقيق محمد مصطفى الزحيلي .
- ابن رجب ، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي ، (١٩٩٩م). **تقرير القواعد وتحرير الفوائد** ، ضبط وتخريج أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، الطبعة الثانية ، دار ابن عفان .
- ابن جزي الكلبي ، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ،(١٩٧٧م). **القوانين الفقهية** ، طبعة دار القلم ، بيروت .
- ابن سلمون ، أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكناني (١٣٠١هـ). **العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام** ، مطبوع مع تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، الطبعة الأولى ، مطبعة العامرة الشرقية بمصر ، نشر دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .
- ابن الصلاح ،ابو عمرو عثمان بن عبدالرحمن الشهروزي ، (١٩٩٢). **طبقات الفقهاء الشافعية** ،ط١، (تحقيق محيي الدين علي نجيب)، دار البشائر ،بيروت.
- ابن قاضي سماونة ، محمود بن إسرائيل ،(١٣٠١هـ). **جامع الفصولين** ، الطبعة الأولى ، المطبعة الكبرى الميرية ـ ببولاق مصر .
- ابن قطلوبغا :زين الدين ابي العدل قاسم بن قطلوبغا الحنفي ، (١٤١٢هـ ١٩٩٢م). **تاج التراجم فيمن صنف من الحنفية** ،ط١،(تحقيق ابراهيم صالح) ، دار المأمون للتراث ،دمشق.
- ابن مفلح ، برهان الدين إبي إسحاق إبراهيم بن محمد ،(٢٠٠٣) . **المبدع شرح المقنع** ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر .
- ابن عابدين ، محمد أمين ، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار** ، المطبوع مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف ، (دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض) ، قدم له

وقرضه الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل ، كلية الدراسات جامعة الأزهر ، طبع دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .

- ابن عابدين ، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي ،(١٩٩٧م). **منحة الخالق على البحر الرائق ،** ضبطه وخرج آياته وأحاديثه ، زكريا عميرات ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .
- ابن فرحون ، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن شمس الدين إبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي (١٣٠١هـ). **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ،** الطبعة الأولى ، مطبعة العامرة الشرقية بمصر ، نشر دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .
- ابن قدامة ، الشيخ الإمام شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد ابن أحمد بن قدامة المقدسي ، (ت ٦٨٢هـ). **الشرح الكبير على متن المقنع ،** طبعة دار الكتاب العربي .
- ابن قدامة ، الإمام العلامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، (ت ٦٣٠هـ). **المغني على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي ،** المتوفى سنة ٣٣٤هـ ، المطبوع مع الشرح الكبير على متن المقنع . طبعة دار الكتاب العربي .
- ابن مفلح ، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي ، (٢٠٠٣م) . **كتاب الفروع ،** ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي ، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة .
- ابن الملقن ، سراج الدين عمر بن علي بن احمد الاندلسي التكروري، (١٤١٧هـ -١٩٩٧ م). **العقد المذهب في طبقات حملة المذهب ،** ط١، (تحقيق ايمن نصر الزهري و سيد مهنى) ، دار الكتب العلمية – بيروت.
- ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، (١٩٥٦). **لسان العرب،** دار صادر ، بيروت .

- ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (١٩٩٨م). **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان** ، تحقيق عبد الكريم ، طبعة المكتبة العصرية ، بيروت .
- ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي (١٩٩٧م). **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه ، زكريا عميرات ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .
- ابن نجيم ، سراج الدين عمر بن إبراهيم (٢٠٠٢م). **النهر الفائق شرح كنز الدقائق** ، الطبعة الأولى (حققه وعلق عليه أحمد عزو عناية) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .
- ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (٢٠٠٣م). **شرح فتح القدير** ، الطبعة الأولى ،تعليق وتخريج عبد الرزاق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .
- إلياس ناصيف (١٩٩٤م) . **موسوعة العقود المدنية والتجارية** ، الطبعة الثانية .
- الأنصاري ، أبو يحيى زكريا (٢٠٠١م) . **أسنى المطالب شرح روض الطالب** ، والمطلبوع معه حاشية أبي العباس بن أحمد الرملي الكبير ، ضبطه وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد محمد تامر ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان.
- أبو حميدة ، عبد الحافظ يوسف (١٩٩٦م) . **التولد من المملوك دراسة نظرية تطبيقية** . رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية ، عمان، الاردن.
- أبو النجا ، شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي . **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل** ، تصحيح وتعليق عبد اللطيف محمد موسى السبكي ، دار المعرفة ، بيروت ـ لبنان .
- أبو الوفا ، أحمد ، (١٩٨٠م) . **نظرية الدفوع في قانون المرافعات** ، الطبعة السادسة ، منشأة المعارف .

- الاسنوي ، جمال الدين عبدالرحيم الاسني ، (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م). **طبقات الشافعية** ، ط١ ، (تحقيق كمال يوسف الحوت)، دار الكتب العلمية : بيروت .
- الأنصاري ، زكريا بن محمد ، (١٩٩٧م). **الغرر البهية** ، في شرح منظومة البهجة الوردية ، ضبط وتخريج محمد عبد القادر عطا ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .
- أنطاكي ، رزق الله الأنطاكي . **أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية** ، منشورات جامعة دمشق .
- البغدادي ، علي بن البهاء (٢٠٠٢م). **فتح الملك العزيز بشرح الوجيز**، (تحقيق عبد الملك بن دهيش) ، الطبعة الأولى ، دار خر للطباعة ، بيروت ـ لبنان .
- البكري ، أبو بكر عثمان بن محمد شطا (١٩٩٥م). **حاشية إعانة الطالبين** ، ضبطه ومحصه محمد سالم هاشم ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .
- البغلي ، تقي الدين أبو بكر بن إبراهيم بن يوسف (٢٠٠٣م). **حاشية ابن قندس** ، المطبوع مع كتاب الفروع ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة .
- البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس (١٩٩٦م). **شرح منتهى الإرادات** ، المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ، طبعة عالم الكتب ، بيروت .
- البهوتي ، منصور بن يونس البهوتي (١٩٩٧م). **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، تحقيق أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي ، الطبعة الأولى دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان ،
- الجبرتي ، عبد الرحمن بن حسن الجبرتي ، (١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٧ م). **تاريخ عجائب الآثار في التراجم والأخبار المعروف بتاريخ الجبرتي** ، ط ١، تصحيح ابراهيم شمس الدين ، ٣ / ٣٤٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،.
- الجصاص ، أبو بكر أحمد بن علي الرازي (١٩٨٥م). **أحكام القرآن** ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ـ لبنان .

- الحطاب ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني (٢٠٠٣م) ، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، ضبط وتخريج زكريا عميرات ، طبعة خاصة ، دار عالم الكتب .
- حمدي عبد الرحمن (١٩٩٩م). **الوسيط في النظرية العامة للالتزامات** ، دار النهضة العربية ـ القاهرة .
- الخرشي ، محمد بن عبد الله علي الخرشي . **الخرشي على مختصر سيدي خليل** ، ومطبوع بهامشه حاشية الشيخ علي العدوي ، دار صادر بيروت ـ لبنان.
- الخصاف ، أبو بكر أحمد بن عمرو بن مهير الخصاف الشيباني (١٩٨٤م). **كتاب النفقات**، ط١ ، (تحقيق أبو الوفا الأفغاني) ، دار الكتاب العربي .
- داماد أفندي ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي ،المدعو بشيخي زاده (١٩٩٨م)، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران منصور** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .
- الدردير ، أبو البركات أحمد بن محمد (١٩٧٣م) ، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ، دار المعارف .
- الدسوقي ، العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي . **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير** ، وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش ، شيخ السادة المالكية رحمه الله تعالى . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- الرافعي ، أبو القاسم ، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني ، (١٩٩٧م) . **العزيز شرح الوجيز** ،ط١،المعروف بالشرح الكبير ، تحقيق وتعليق ، علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .
- الرحيباني ، مصطفى السيوفي . (١٩٦١ م)، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** ، المطبوع مع تجريد زوائد الغاية والشرح تاليف حسن الشطي ، الطبعة الأولى ، منشورات المكتب الإسلامي .

- الرملي ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري (١٩٩٣م) ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه** ، دار الكتب العلمية .
- الروياني ، الشيخ الإمام أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل ، (ت ٥٠٢هـ) . **بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه** . حققه وعلق عليه أحمد عز وعناية الدمشقي . دار إحياء التراث العربي ، بيروت ـ لبنان .
- الزرقا ، مصطفى أحمد (١٩٩٨م) ، **المدخل الفقهي العام** ، الطبعة الأولى ، دار القلم ـ دمشق . وقد استعنت أحيانا بطبعة دار الفكر .
- الزرقا، مصطفى ، (١٩٦٤م). **شرح القانون المدني السوري** ،ط١، ج ٢ ص ٢٢٢، دمشق .
- الزركشي ، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي ، (٢٠٠٠م). **المنثور في القواعد** ،ط١، (تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل) ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .
- الزمخشري ، جار الله أبو القاسم محمود بن عمر (١٩٨٥م). **أساس البلاغة**، ط٣ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب .
- الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي (٢٠٠٠م). **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ط١، (تحقيق أحمد عزو عناية) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان
- السرخسي ، شيخ الإسلام شمس الأئمة الفقيه الأصولي النظار أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي ، (ت ٤٩٠هـ). **المبسوط** ، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي ، قدم له الدكتور كمال عبد العظيم العناني أستاذ الفقه في كلية الشريعة في جامعة الأزهر . منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة والجماعة . دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان .
- **سنن ابن ماجة** /محمد بن يزيد ،الكنية ابو عبدالله ، اللقب القزويني الميلاد/٢٠٧ الوفاة /٢٧٥ دار الفكر ،محمد فؤاد عبدالباقي ،بيروت .

- **سنن ابي داوود** / سليمان بن الاشعث السجستاني الازدي _المیلاد ٢٠٢ ـ الوفاة ٢٧٥ دار الفكر محمد محي الدين .
- **سنن البيهقي الكبرى** : احمد بن الحسين بن علي بن موسى المكنى ابو بكر ،اللقب البيهقي . الميلاد/٣٨٤ الوفاة ، ٤٥٨ دار النشر ،مكتبة دار الباز ،بلد النشر مكة المكرمة / ١٤١٢-١٤١٤.
- **سنن الترمذي** الجامع الصحيح سنن الترمذي/ محمد بن عيسى ، الكنية ابو عيسى اللقب والنسب ـ الترمذي السلمي الميلاد ٢٠٣- الوفاة : ٢٧٩ دار احياء التراث ، احمد محمد شاكر.
- السنهوري ، عبدالرزاق السنهوري . **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد** ، الطبعة الثانية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان .
- السيوطي ، جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر (١٩٨٣م). **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية** ، (تحقيق محمد حامد الفقي) مطبعة مصطفى البابي الحلبي .
- الشافعي ، محمد بن إدريس . **الأم** ، طبعة دار الفكر .
- الشبراملسي ، أبو الضياء نور الدين علي بن علي (١٩٩٣م). **حاشية** ، مطبوع مع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الكتب العلمية .
- الشربيني ، محمد الخطيب . **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين** ، طبعة دار الفكر .
- الشواربي ، عبد الحميد . **الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية** ، منشأة المعارف بالأسكندرية .
- الشيخ نظام ، العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام ، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنفية
- الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي . **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، شركة مكتبة أحمد بن سعد بن نبهان ، أندونيسيا .
- النعمان ، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن . منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .

- الصاوي ، أحمد بن محمد (١٩٥٢م). **بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير** ، الطبعة الأخيرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر
- عبد المنعم حسني . مدونة التشريع والقضاء في المواد المدنية والتجارية .
- العثيمين ، محمد بن صالح . **الشرح الممتع على زاد المستقنع** ، مركز فجر للطباعة ، المكتبة الإسلامية بالقاهرة .
- العدوي ، علي بن أحمد بن مكرم الله الصعيدي . **حاشية العدوي** ، ضبط وتصحيح وتخريج محمد عبد الله شاهين ، دار الكتب العلمية .
- العز بن عبد السلام ، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ، (١٩٦٨م). **قواعد الأحكام في مصالح** الأنام ، راجعه وعلق عليه ، طه عبد الرؤوف سعد ، القاهرة ، مكتبة الكليات .
- العشماوي ، محمد و عبد الوهاب . **قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن** ، المطبعة النموذجية .
- علي حيدر (١٩٩١م). **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، تعريب فهمي الحسيني ، الطبعة الثانية ، دار الجيل ، بيروت ـ لبنان .
- علي قراعة ، (١٩٢١). **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية** ، القاهرة .
- عميرة ، شهاب الدين أحمد البرلسي ، (ت ٩٥٧هـ) . **المطبوع مع حاشية القليوبي** ، على كنز الراغبين للإمام جلال الدين محمد بن أحمد المحلي المتوفى سنة ٨٦٤هـ ، شرح منهاج الطالبين للإمام النووي في فقه الشافعية ، ضبطه وصححه وخرج آياته عبد اللطيف عبد الرحمن . درا الكتب العلمية . بيروت لبنان
- العيني ، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين (٢٠٠٠م) . **البناية شرح الهداية** ، ط١، (تحقيق أيمن صالح شعبان) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .
- الغزالي ، الشيخ الإمام حجة الإسلام محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، (ت ٥٠٥هـ). **الوسيط في المذهب** ، وبهامشه التنقيح في شرح الوسيط للإمام محيي الدين بن شرف النووي . وشرح مشكل الوسيط للإمام ابي عمرو عثمان

بن الصلاح ، وشرح مشكلات الوسيط للإمام موفق الدين حمزة بن يوسف الحموي ، وتعليقة موجزة على الوسيط للإمام إبراهيم بن عبد الله بن أبي الدم . حققه وعلق عليه أحمد محمود إبراهيم . دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة .

- الفندلاوي ، أبو الحجاج يوسف بن دوناس الفندلاوي (١٩٩٨م). **تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك على منهج العدل والمرداوي** ، المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف في معرفة الراجح من الخلاف في شرح مائل الخلاف ، تحقيق أحمد بن محمد البوشيخي ، طبع وزارة الأوقاف والشؤوون الإسلامية ، المملكة العربية السعودية .
- الفيروز أبادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب (١٩٩٨م) . **القاموس المحيط** ، الطبعة السادسة ، مؤسسة الرسالة .
- الفيومي ، أحمد بن محمد بن علي (١٩٢١م). **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي** ، الطبعة الرابعة ، المطبعة الأميرية بالقاهرة .
- القرافي ، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (١٩٩٤م). **الذخيرة** ، تحقيق محمد حجي ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي .
- القرطبي ، ابو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (١٩٧٨). **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، الطبعة الرابعة ، دار المعرفة
- القرطبي ، أبو الوليد بن رشد القرطبي ، (ت ٥٢٠هـ). **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة** . وضمنه المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية لمحمد العتبي القرطبي المتوفى عام ٢٥٥هـ . تحقيق الأستاذ أحمد الشرقاوي إقبال والدكتور محمد حجي . درا الغرب الإسلامي .
- القليوبي ، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة ، (ت ١٠٦٩ هـ) . **حاشية القليوبي المطبوع مع حاشية عميرة** على كنز الراغبين للإمام جلال الدين محمد بن أحمد المحلي المتوفى سنة ٨٦٤هـ ، شرح منهاج الطالبين للإمام النووي في فقه الشافعية ، ضبطه وصححه وخرج آياته عبد اللطيف عبد الرحمن . درا الكتب العلمية . بيروت لبنان .

- النووي ، أبو زكريا محيي الدين بن شرف . **المجموع شرح المهذب** .
- هايل عبد الحفيظ يوسف ، (١٩٩١م). **الأجل في العقود ومدى إلزاميته** ، رسالة ماجستير غير منشور ، الجامعة الأردنية ، عمان ، الاردن.
- ياسين ، محمد نعيم عبد السلام ، (٢٠٠٠م). **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية** ، ط١ ، دار النفائس.

Pleading by Non Enforcement the Obligationl
A Comparative Study

BY

MANSOUR ABDALLAH AL TAWALBEH

Supervisor
Prof. Dr. Mohammad N. Yaseen

Abstract

I, THANK ALLAH FOR HIS EXTREME GIVING , AND TO HIS GRACE AND HELP TO COMPLETE THIS THESIS . I DO ASK ALLAH THAT ALL SHALL GET BENEFITS OF. DURING MY STUDY IN ISLAMIC DOCTRINE, I DISCOVERED HOW GREAT IS THAT ALLAH JURISDICTION IS WHICH THE HUMAN FINDS PLEASANT AND ENJOYMENT WHILE STUDY SAME AND APPLYING IT ON HIMSELF.

WE SAW HOW THE ISLAMIC RELIGIOUS SCHOLARS HAVE DEALT WITH PAYMENT ISSUE IN GENERAL , WHERE ITS SPECIFIC IDENTITIES WERE COMPLETELY CLEAR AND SPECIFIED.

THEY HAVE DISCUSSED COMMITMENT ISSUE AND FIXED ITS RELATED SUBJECTS IN MORE DETAILED AND ACCURATE MANNER.

THE COMMITMENTS MAY ARISE FROM ONE INCIDENT, WHETHER CONTRACTUAL OR PHYSICAL . THUS THESE COMMITMENTS SHALL BE INTERCONNECTED WITH EACH OTHER DUE TO THIS RELATION WHICH GIVE BIRTH TO THE COMMITMENTS.

BREACHING ONE OF THESE INTERCONNECTED AND CHAINED COMMITMENTS ARISE FROM ONE INCIDENT AUTHORIZES WHOM HAS TO ABIDE BY, TO STOP CARRY OUT HIS DUTIES UNTIL OBTAINING HIS PART OF COMMITMENT. ACCORDINGLY, HE OWNED CLAIMING HIS RESTRAINT LEGALITY DUE TO ITS OPPOSITE RESTRAINT. HE MAY ACT IN THAT RESPECT IN THE PAYMENT MANNER . THIS , OF COURSE, REPRESENTS A GENERAL NORM.

THE RELIGIOUS SCHOLARS STIPULATED CONDITIONS TO PROVE THIS RESTRAINT, AND PUT IT IN THE STATUS OF CLAIM.

AT THE SAME TIME, THE RELIGIOUS SCHOLARS DEFINED , WITH DIFFERENCE AMONG THEM, THE PERSON WHO OWNS THE RIGHT TO INSIST ON PAYMENT NOT TO EXECUTE THE OPPOSITE COMMITMENTS.

THEY ALSO CLARIFIED THE PAYMENTS WAIVERS BY NOT EXECUTING THE COMMITMENT SUCH AS:

TRANSFER

THE RELIGIOUS SCHOLARS DIFFERED ON ITS EFFECTS ON COMMITMENT, ACCORDINGLY, THEY ALSO DIFFERED IN OPINION TO CONSIDER SAME ONE OF THE PAYMENT WAIVERS BY NOT EXECUTING THE COMMITMENT.

RELEASE

THE RELIGIOUS SCHOLARS DIFFERED ALSO AMONG EACH OTHER ON ITS JURISTIC ADAPTATION. AND THEY CLARIFIED ITS EFFECTS ON COMMITMENTS.

EXECUTION

THE RELIGIOUS SCHOLARS HAD AGREED ON ISSUES WHERE EXECUTION IS CONSIDERED TO BE LEGAL. WAIVERING THE RIGHT TO INSIST ON PAYMENT BY NOT EXECUTING THE COMMITMENT. SOME DISAGREED LIKE DEPOSIT AND LEND.

ALSO THE RELIGIOUS SCHOLARS DISCUSSED THE NON COMMITMENT PAYMENT ISSUE , SUCH AS THE ROOMS WHERE PAYMENT BY NON COMMITMENT EXECUTION IS ACCEPTED. , SOME AGREED ON THE LICENSE OF PAYMENT , SOME DISAGREED. SOME GAVE THE RIGHT TO ACCEPT PAYMENT BY NON COMMITMENT EXECUTION , SOME DENIED THIS PROCEDURE.

THE RELIGIOUS SCHOLARS HAVE ALSO DISCUSSED THE EFFECT OF THE AMENDMENT ON COMMITMENT SUBJECT ON THE RIGHT TO SUSTAIN PAYMENT BY NON COMMITMENT EXECUTION.

THE MOST IMPORTANT RESULTS REACHED AT ARE :

FIRST

PAYMENT BY NON COMMITMENT EXECUTION IS CLAIM OF ILEGALITY OF DEFENDANT RESTRAINT OF EXECUTING WHAT HE SHOULD DO OF COMMITMENT DUE TO NON MATURITY PURSUANT TO PLAINTIFF RESTRAINT TO EXECUTE WHAT HE OUGHT TO DO IN RESPECT OF COMMITMENT OR COMMITMENT BREACH.

SECOND

PAYMENT BY AFTER COMMITMENT EXECUTION IS ONLY TEMPORARY EXECUTION BY DEFAULT WITHOUT HAVING ANY EFFECT ON COMMITMENT UNLESS THE TIME IS ONE OF ITS ELEMENTS.

THIRD

PAYMENT BY NON COMMITMENT IS AN OBJECTIVE SUBJECT AS IT IS RELATING TO THE SUBJECT ISSUE RIGH.,

FOURTH

PAYMENT BY NON COMMITMENT IS RIGHT TO WORK ON IN THE OPPOSITE COMMITMENTS ONCE LINKING THEM TO EACH OTHER WHETHER THESE COMMITMENTS ARISE FROM MATERIAL OR CONTRACTUAL INCIDENT .

FIFTH

PAYMENT BY NON COMMITMENT SHALL NOT BE RAISED UNLESS IN SPECIFIC TIME AND STAGE OF THE PROCEEDINGS. WHAT IS SAID ABOUT THE ACCURACY OF RAISING PAYMENT BEFORE EVIDENCE AND AFTER, OR BEFORE JUDGEMENT AND AFTER IS NOT WITHOUT LIMIT.

SIXTH

WHO ACCEPTS PAYMENT BY NON COMMITMENT SEEKS EITHER TO DELAY THE JUDGEMENT IN THE CASE OR DISMISS THE CASE FOR GOOD, OR TO OBTAIN A CONDITIONAL JUDGEMENT IN HIS FAVOR.

SEVENTH

PAYMENT BY NON COMMITMENT BEING OBJECTIVE APPEAL OF THE CASE, AND THUS CONSIDERED NEW CLAIM WHERE IT MIGHT RAISED IN FACING THAT WHO ACCEPTS IT AS OBJECTIVE DEFENSES.